

INTRODUZIONE	pag. 4
--------------	--------

CAPITOLO PRIMO

1. La presunzione	11
2. La rilevanza dei fatti bisognosi di prova	15
3. Il fatto impeditivo	17
4. Funzione della prova	23
5. Identificazione del fatto oggetto della prova	32
6. La prova indiretta	36

CAPITOLO SECONDO

1. Premessa	40
2. Fatto noto e indizio	42
2.1 I requisiti del fatto noto e l'efficacia della presunzione	49
3. Ancora sulla struttura della presunzione semplice	54
3.1 Peculiarità del procedimento presuntivo	57
4. Le condizioni dell'inferenza	63
5. conclusioni	71

CAPITOLO TERZO

1. La presunzione legale nel vecchio codice	73
2. Ragionevolezza in concreto ed in astratto dell'inferenza presuntiva	78
3. Presunzioni formali	82
3.1 Alcune ipotesi di presunzioni formali	85

- 4. La fattispecie presuntiva (tesi sostanzialistica)89
 - 4.1 Il caso dell'accessione91
 - 4.2 La presunzione di proprietà del muro divisorio99
 - 4.3 Ancora sulla fattispecie presuntiva:
glia artt. 232 e 1218 c.c.101
- 5. Presunzioni legali e onere
della prova (tesi processualistica) 113
 - 5.1 La presunzione di buona fede:
favorlegis e verità interinale 116
- 6. La presunzione probatoria (l'art. 1141 c.c.)120
 - 6.1 La presunzione di cessione e di acquisto126
 - 6.2 La presunzione di proprietà esclusiva del muro divisorio130
- 7. Analogia strutturale tra presunzioni
legali probatorie e presunzioni semplici – rinvio 134

CAPITOLO QUARTO

- 1 Brevi considerazioni sull'accertamento
standardizzato dei ricavi. 135
- 2. La presunzione nel diritto tributario: cenni135
- 3. Il metodo dell'accertamento standardizzato. 136
- 4. Il sillogismo presuntivo alla base
dell'accertamento standardizzato dei ricavi 139
- 5. L'origine legale dell'inferenza presuntiva
degli studi di settore 141
- 6. Gli studi di settore come presunzioni legali relative142

7.	Lo scostamento dallo sds come presupposto di attivazione della procedura di accertamento	<i>144</i>
8	L'inidoneità del fatto noto in base al quale operano gli studi di settore	<i>147</i>
9	L'inadeguatezza della massima diesperienza fondata sul concetto di "normalità economica"	<i>150</i>
10.	Le conclusioni della Corte: parametri e studi di settore come presunzioni ad intermittenza?	<i>151</i>
CONCLUSIONE		<i>153</i>

INTRODUZIONE

L'interesse per lo studio delle presunzioni va ricercato nella suggestione del *probabile* come criterio di giudizio e nel fascino sprigionato dall'*uogo comune* come strumento di soluzione del fatto incerto.

Chi studia le presunzioni rivolge lo sguardo sull'orizzonte del sistema probatorio inseguendo il percorso dell'argomentazione sillogistica che è di tipo persuasivo, ma si scontra, per questa via, con l'auspicio di una decisione razionale, che postula invero la funzione dimostrativa della prova.

La questione è che nel ricorrere alla presunzione, l'indagine speculativa prevale sulla conoscenza empirica e il processo di ricostruzione del fatto incerto rischia di arrestarsi alla valutazione di attendibilità dell'ipotesi di giudizio formulata in presenza del fatto noto. Quando nella fase di trattazione il giudice ricorre ad una presunzione semplice o legale, il fatto noto vale da solo a delineare la *questio facti*. consentendo - come si chiarirà nell'analisi della struttura della presunzione - di risolvere la *questio iuris* in modo immediato, perché capace di confermare, per logica di esperienza ed a volte per mera suggestione, l'attendibilità dell'originaria ipotesi di giudizio formulata sul fatto controverso. Ipotesi che viene offerta al giudice innanzitutto dalla parte processuale a vantaggio della quale opera ed è prevista la presunzione.

Quando la presunzione è di fonte legale, il giudizio di attendibilità dell'ipotesi si erge a motivo della norma, segnandone la funzione entro i confini della razionalità.

Nel catalogo dei mezzi di prova - come si cercherà di illustrare meglio più avanti -, la presunzione è senz'altro uno strumento artificiale di tipo critico e non rappresentativo.

Originariamente, la predilezione per la prova artificiale, ossia speculativa, dipese dalle sue potenzialità epistemologiche: la presunzione, infatti, oltrepassa il limite della percezione sensitiva e permette al giudice di maturare un giudizio sul fatto controverso – e perciò ignoto - muovendo da fatti c.d. di secondo grado, non direttamente legati al primo.

Non così, invece, le prove naturali che legano necessariamente la verifica del fatto da provare alla percezione di un altro fatto rappresentativo del primo, limitando gli orizzonti della conoscenza.

Ciò detto, è comprensibile che con l'evolversi della coscienza sociale e della sensibilità giuridica, si avverte la necessità di segnare il limite della prova artificiale ancorando la ricostruzione speculativa al dato materiale; dato inerente alla realtà percepibile del fatto controverso.

Lungo questa linea di pensiero la presunzione è diventata uno dei pilastri della teoria classica della prova. Gli sforzi della dottrina sono stati invero indirizzati verso la ricerca di un criterio di indagine idoneo a svelare il fatto ignoto - non percepito - in base ad un percorso logico ripetibile e controllabile. Così la presunzione ha superato il confine della semplice congettura guadagnando la cittadinanza nella regione della conoscenza scientifica.

Questi sforzi si allineano alla moderna concezione della prova: non più mero *argumentum* ma risultato della ricerca empirica; frutto di ciò che può essere percepito.

Ma in questo contesto, la presunzione perde la propria centralità e viene intesa nella sua nuova natura di surrogato di prova.

Sidelinea la distinzione tra ciò che è fonte di prova e ciò che è fonte di presunzione, contrapponendosi *praesumptio-eprobatio*.

Si impone anche la distinzione tra *praesumptio iuris e hominis*. Nelle prime il legislatore cristallizza in una norma le regole di esperienze unanimemente condivise. Il giudice è così tenuto, in virtù della norma giuridica, ad argomentare da un fatto l'esistenza del fatto incerto. Nel caso delle *praesumptio hominis*, invece, il giudice sceglie il fatto più

verosimile seconda regola (attribuita a Paolo) <<in obscuri inspicere solere quod verosimilius est aut quod plerumque fieri solet>>.

Dopo queste brevi note introduttive, occorre considerare che a causa dell'utilizzo che il legislatore e la giurisprudenza fanno della presunzione, la natura di tale strumento di accertamento risulta problematica e in un certo senso poliedrica. Per un verso, infatti, essa è strumento di conoscenza critica, travalicando i limiti della percezione rappresentativa, archetipo della prova atipica lasciata al libero e ragionevole apprezzamento del giudice. Per altro verso, è regola generale che detta gli effetti di un dato fatto noto, in base al criterio della probabilità prevalente, di modo che quegli effetti devono ritenersi dimostrati *ex lege*.

In questa sua ultima forma, la presunzione opera nella sistematica codicistica alla stregua di una prova legale; la dottrina classica tuttavia esclude che si tratti di vera prova.

Nonostante la dichiarata funzione probatoria, infatti, la *praesumptio iuris* non sembrerebbe diretta a formare il convincimento del giudice. L'effetto che produce, invece, dispensando da ogni prova il soggetto a cui favore opera, oltrepasserebbe quello di dimostrazione di verità del fatto ignoto. In questo modo, la presunzione legale agirebbe sulla ripartizione del c.d. rischio per la mancata prova, incidendo sulle modalità applicative dell'art. 2697 c.c.

Il quadro si complica ulteriormente con riferimento alla presunzione legale assoluta che, oltre a dispensare il beneficiario dall'onere di fornire ogni ulteriore prova, limita perentoriamente il diritto dell'avversario a dare la prova del contrario.

Nonostante la chiara ed unitaria definizione normativa contenuta nel codice civile del 1942, emergono, nello studio delle presunzioni problematiche di vecchia data:

1) l'assimilazione della presunzione legale con quella semplice in considerazione della struttura;

- 2) la funzione della presunzione legale ed il suo rapporto con la regola sull'onere della prova;
- 3) la collocazione del fatto presunto nell'ambito della fattispecie e la relazione con il fatto impeditivo;

E' evidente che l'intento di unificare le presunzioni nell'ambito di un unico istituto giuridico costituisce un'operazione complessa che può risultare forzata.

Non sfugge, infatti, la differenza tra presunzioni semplici e quelle legali, rispetto alle quali illustri autori hanno già precisato come un conto sia l'illazione cui ricorre il giudice, altro conto sia l'illazione della legge.

La prima sarebbe diretta alla ricostruzione del fatto e al convincimento del giudice –marcando perciò una funzione logica; le altre riguarderebbero, invece, non la formazione del convincimento del giudice quanto l'applicazione di una norma alla fattispecie. In tal senso le presunzioni legali si scomporrebbero ulteriormente tra quelle dirette alla produzione di effetti giuridici, in quanto derivanti da un determinato fatto base secondo lo schema della finzione (presunzioni assolute) e in quelle riguardanti la ripartizione del rischio per la mancata prova (presunzioni relative), che svolgerebbero perciò una funzione deontologica.

Le osservazioni sopra accennate, per quanto condivisibili in linea di principio, debbono però fare i conti con un dato che appare incontestabile: mediante la disciplina delle presunzioni, il legislatore ha voluto perseguire l'ambizioso tentativo di ricondurre ad unità sistematica e funzionale l'utilizzo giuridico del procedimento logico di deduzione inferenziale.

Del resto con l'art. 2727 del c.c., nel formulare una definizione unitaria del fenomeno presuntivo, si è scelto di ricorrere ad una terminologia che non rievoca un processo descrittivo, come accade per le altre norme sulla prova, bensì speculativo. Le presunzioni sono le “conseguenze” che si ricavano dalla constatazione di un fatto noto. Ciò vale sia per le presunzioni semplici che per quelle legali. In entrambi i casi si tratta di procedimenti finalizzati alla fissazione del fatto incerto per consentire la

tutela di posizioni giuridiche. Si tratta in ogni caso di un processo di conoscenza.

Per comprendere la problematicità dei punti suindicati, ed analizzare le conclusioni della dottrina classica è necessario prendere le mosse da un dato che sembra a chi scrive inconfutabile, e cioè che le presunzioni – di tutti i tipi – sono strumenti che consentono al giudice di affermare in modo diretto la veridicità o meno del fatto controverso.

Se, contrariamente - a quanto appena scritto - con riferimento alle presunzioni legali, si vuole negare che tale accertamento implichi anche la valutazione del fatto - per giungere conseguentemente al convincimento del giudice - bisogna quantomeno soffermarsi sulla struttura della presunzione legale e, alla luce del procedimento di accertamento seguito dal giudice, contestare il ruolo che esse svolgono nella fase dell'istruttoria della causa.

A tal proposito, occorre considerare che il procedimento che conduce alla decisione giudiziaria si scompone in tre fasi: 1) l'individuazione del fatto controverso che muove dalla domanda con cui l'attore indica il diritto, nonché la forma di tutela richiesta al giudice; 2) la trattazione della controversia in cui si valuta la *questiofacti* per risolvere la *questioiuris*; 3) la fase di decisione.

Il convincimento del giudice si consegue in base alle prove che sorreggono i fatti allegati dalle parti. Più precisamente, la valutazione *dei* fatti si traduce in un giudizio *sul* fatto controverso

Si tratta – come si vedrà oltre di giudizi logici che consentono al giudice di affermare o meno l'esistenza del diritto rivendicato dall'attore in base al giudizio di veridicità dell'enunciazione dei contendenti circa il fatto rilevante per la controversia e, quindi, rilevante anche per la decisione.

E occorre allora considerare che pur dovendosi ammettere che la decisione non implica necessariamente che il giudice raggiunga un qualche convincimento sul fatto controverso, ciò non interferisce con la funzione

dimostrativa di ogni prova e segnatamente con la funzione in tal senso svolta da ogni tipo di presunzione.

Ed invero, l'art. 2697 c.c. detta una regola di giudizio c.d. deontologica che, rivolgendosi esclusivamente al giudice, stabilisce come egli debba decidere quando resti nel dubbio a causa della mancata prova circa l'esistenza del diritto controverso. In questo caso, il giudice però non afferma l'esistenza o meno del diritto. Se il giudice non concede tutela all'attore, rigettandone la domanda, ciò accade in virtù del sistema processuale che, come noto, è retto dal principio dispositivo, e non perché sia maturato il convincimento del giudice sulla veridicità dei fatti dedotti dalle parti.

Perciò, tutte le volte in cui il giudice può decidere senza dover ricorrere alla regola di giudizio, vuol dire che egli si trova nella condizione di poter affermare l'esistenza o l'inesistenza del diritto controverso. In altre parole, di regola il giudice, grazie all'attività delle parti od in virtù di un aiuto dato dal legislatore, si trova nella condizione di poter risolvere la *questio iuris*. Ciò vale anche quando si faccia uso delle presunzioni.

Quanto detto non coincide con l'orientamento prevalente. Secondo la dottrina classica, infatti, il ruolo delle presunzioni nel procedimento di giudizio sarebbe diverso a seconda che si tratti di presunzione semplice o legale:

- 1) nel primo caso, la presunzione si inserisce pacificamente nel procedimento di valutazione che consente al giudice di formare il proprio convincimento.
- 2) per le presunzioni legali assolute si sostiene che, in quanto *fictio iuris*, esse non implicano la valutazione del giudice che, perciò, deve solo applicarle.
- 3) quanto alle presunzioni legali relative, la questione è particolarmente complicata. Secondo un orientamento, opererebbero come regole di giudizio, stabilendo come il giudice debba decidere quando non venga offerta la prova contraria. In base ad una diversa tesi, sarebbero regole

sull'onere della prova in senso subiettivo: individuerebbero il fatto impeditivo tra gli elementi della fattispecie indicando l'oggetto della controprova.

Le conclusioni sintetizzate saranno meglio osservate nell'analisi che seguirà questa premessa; vale si d'ora anticipare che esse muovono tutte dall'effetto di dispensa dalla prova che è connesso alla presunzione legale ma trascurano la struttura della presunzione stessa. In particolare la ricostruzione classica tralascia il ruolo del fatto noto e le caratteristiche che lo stesso deve avere per svolgere la propria funzione del contesto della ricostruzione presuntiva.

Invero, come è stato osservato dai primi studiosi della problematica, le presunzioni legali possono essere annoverate *tra gli altri* strumenti conoscenza. Esse agiscono, infatti, sul tema della prova dell'attore spostandolo sul fatto noto, e solo indirettamente intervengono - in questo modo - sulla struttura della fattispecie originaria, determinando perciò un'apparenza di inversione dell'onere della prova. Pertanto, posto che consentono al giudice di decidere dell'esistenza o meno del diritto controverso, non possono che costituire un momento centrale nella ricostruzione, da parte del giudice, della *questio iuris*.

In conclusione, secondo questo più risalente orientamento, l'applicazione delle presunzioni legali non prescinde affatto dal convincimento del giudice sulla veridicità del fatto; né si limitano soltanto ad indicare *chi* deve provare *cosa*.

Queste considerazioni, impongono di fare un passo indietro per tracciare le caratteristiche della presunzione muovendo dalla loro struttura.

Occorre focalizzare l'attenzione sul grado di probabilità che deve sprigionarsi dal fatto noto in direzione del fatto controverso - e perciò ignoto -.

È dalle caratteristiche e dal ruolo del fatto noto che dipende, infatti, la correttezza del procedimento decisionale che approda alla soluzione sul fatto controverso.

CAPITOLI PRIMO

PREMESSE CONCETTUALI

1. La presunzione– 2. La rilevanza dei fatti bisognosi di prova–3. Il fatto impeditivo–4. Funzione della prova. –5. Identificazione del fatto oggetto della prova–6. La prova indiretta.

1. Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto.

Questa nozione della presunzione merita di essere osservata da vicino.

La presunzione è la conseguenza tratta dal fatto noto: vale a dire che essa è la conclusione di una estrapolazione euristica; l'oggetto di tale estrapolazione è il fatto noto¹.

La funzione della presunzione è quella di “risalire per estrazione” dal noto all'ignoto. E sembrerebbe chiaro che il fatto ignoto è quello giuridicamente rilevante cui l'ordinamento assimila la produzione di effetti giuridici. Il fatto noto, invece, in quanto tale non dovrebbe essere di per

¹ Con preciso riferimento alla funzione svolta dall'art. 2727 c.c. laddove fornisce la nozione generale di presunzione, ANDRIOLI, NN. D. I., XIII, sez. civ. *Presunzioni* pag. 766, secondo cui si tratterebbe di norma a contenuto formale che non indica le conseguenze che la legge o il giudice trae dal fatto noto, limitandosi a delineare il rapporto tra fatto noto e fatto ignoto secondo la struttura del procedimento deduttivo; nello stesso senso COMOGLIO, *Le Prove Civili*, Torino, 1998, secondo cui l'art. 2727 c.c. si limita a generalizzare, con enfasi assiomatica, una “costante metodologica” dell'apprezzamento probatorio del giudice. Per CORDOPATRI, in Enc. Dir. voce, *Presunzione* (dir. priv.), 1986, p. 265, la presunzione è un fatto di accertamento del quale va scoperto il grado di preclusività. RAMPONI, *La Teoria Generale delle Presunzioni*, Torino 1890, pag.6, definisce la presunzione come la “supposizione della verità di una fatto per conseguenza indiretta e probabile di un altro fatto”. L'A. critica poi la nozione di presunzione contenuta nell'art. 1349 c.c. del 1865 accusandolo di “soverchia larghezza” perché incapace di cogliere la differenza strutturale tra la prova presuntiva e la altre prove.

In merito alla declinazione della presunzione in generale quale strumento di accertamento e per la sua ricostruzione quale prova non rappresentativa, è chiarissima la spiegazione di CARNELUTTI sulla prova critica, *Sistema di Diritto Processuale*, Padova, 1936, p. 681 e ss.; *La Prova Civile*, Milano, ristampa del 1992, pagg. 84 e ss. ove si sviluppa la differenza strutturale tra fonte di prova e fonte di presunzione.

serilevante. Ma siccome idoneo all'extrapolazione del fatto sconosciuto è il centro nevralgico della presunzione.

La funzione della presunzione ne svela anche l'effetto, che è quello di potere affermare l'esistenza (o come si dirà oltre, la veridicità dell'enunciato che afferma l'esistenza) di un fatto non percepito e, quindi, sconosciuto ma giuridicamente rilevante. Risalire al fatto ignoto altro non può voler dire che svelarne l'esistenza.

Alla luce di questa brevissima esegesi letterale è possibile affermare che la presunzione è, in altri termini, la conclusione circa l'esistenza di un fatto ignoto in quanto esistente il fatto noto.

Gli interpreti di tale conclusione sono il giudice o la legge.

Secondo l'impostazione prevalente, l'esito cui si giunge applicando le presunzioni non manifesterebbe sempre una medesima natura². Si esclude,

² Riservando al prosieguo ogni riflessione sul tema, si segnalano per adesso: i ANDRIOLI, op. cit. p.776, che chiarisce come sia inopportuno accomunare presunzioni legali e presunzioni semplici che, infatti, si distinguerebbero sia per struttura sia che per la funzione. Non li accomunerebbe la struttura perché il procedimento deduttivo viene a perdere ogni significato nelle presunzioni legali posto che, laddove è la legge a porre le conseguenze della deduzioni l'autorità di questa vale a sanare ogni vizio del procedimento presuntivo; no li accomunerebbe nemmeno la funzione, perché solo nello schema dell'art. 2728 c.c. la legge aggancia delle conseguenze alla presenza del fatto noto, mentre nell'art. 2729 c.c. indica soltanto i criteri di controllo della logica del giudice. Per CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1965, p.853, soltanto le presunzioni semplici sono prove finalizzate alla formazione del convincimento del giudice. Le presunzioni legali, invece, suggerite da ragioni sostanziali, servirebbero a stabilire quali fatti debbono, in determinati rapporti giuridici, ritenersi come costitutivi o impeditivi fino a prova contraria (p. 126-127). Secondo la stessa impostazione anche COMOGLIO, cit. P. 291 e ss. Richiama le conclusioni di Andrioli anche G. FABBRINI, in Dig. Disc. Priv. P. 280, voce *Presunzioni*, secondo cui quando la presunzione è usata dal legislatore può porsi solo come strumento interpretativo della *ratio legis*, quando è usata dal giudice si presenta, invece, come strumento di controllo della sufficienza dei collegamenti logici di conoscenza. Per LUISSO, *Diritto Processuale Civile II*, Milano 2009, p. 80 e ss., le presunzioni legali assolute sono norme di diritto sostanziale che modificano la fattispecie; quelle legali semplici o relative, sono norme di inversione dell'onere della prova in virtù di una inversione degli elementi della fattispecie, per cui ciò che di regola è fatto costitutivo diventa fatto impeditivo (alla questione di accennerà immediatamente oltre e più analiticamente nel corso di questo studio); le presunzioni semplici sono prove indiziarie. Nella nota ricostruzione di MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, rist. 1966, p. 199-200, le presunzioni legali, diversamente da quelle semplici, non hanno per scopo la formazione del convincimento del giudice ma danno la regolamentazione positiva ad un particolare rapporto o stato di fatto, disponendo gli elementi della fattispecie in modo differente dal normale e, dunque, "semplificando" la fattispecie (sul concetto di semplificazione della fattispecie ci si soffermerà

infatti, che la presunzione sia da annoverare *tout court* tra le prove. Che sia, cioè, in ogni caso riconducibile a quegli strumenti di conoscenza che, posti dalla legge nella disponibilità delle parti in causa, accedono ad un giudizio logico di valutazione della controversia finalizzato a verificare la veridicità o meno del fatto ignoto.

Ed invero, soltanto la presunzione semplice si svilupperebbe in un giudizio logico di conoscenza. Strumento probatorio talmente potente e difficilmente governabile da dovere essere sorvegliato entro i confini di stretta ammissibilità: gravità, precisione e concordanza; oltre ad essere sottoposto, in punto di oggetto della prova, agli stessi limiti previsti per la prova testimoniale.

Di diversa natura sarebbe la conclusione cui si giunge mediante la presunzione legale.

La presunzione legale dovrebbe intendersi, infatti, come l'affermazione di un fatto in base alla legge; fatto che perciò, non necessita di prova. La

immediatamente avanti). Vedi anche SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in Riv. Dir. Civ. 1957, p. 407 e ss.

Nella dottrina più remota – che si indica in ordine cronologico – : RAMPONI, op.cit. p. 20 e ss., sostiene che tutte le presunzioni, semplici o legali hanno la medesima natura, avendo sempre lo stesso fondamento e lo stesso carattere logico, vale a dire «un calcolo di probabilità». L'A. afferma che anche le presunzioni legali tendono sempre alla dimostrazione di un fatto come base del diritto essendo prove. Distingue però le presunzioni legali dalle presunzioni legali apparentiche pur avendo la veste della presunzione non ne condividono la struttura logica. Nell'analisi di Ramponi è importantissima la considerazione per cui vi sono disposizioni rispetto alle quali la presunzione è solo il «motivo della legge, esse rappresentano l'ultimo stadio a cui è giunto per evoluzione progressiva un concetto giuridico, quasi l'ultima pagina di una storia» (pag. 131). LESSONA, *Teoria delle Prove – nel diritto giudiziario civile italiano* -, Firenze, 1909, prende le mosse da un chiaro interrogativo «Sono veramente presunzioni, nel senso logico già indicato, le presunzioni legali e specie quelle assolute?» (pag. 94). Senza approfondire però nello specifico la questione, conclude che tutte le presunzioni anche quelle legali hanno la stessa «genesì logica», tuttavia, le presunzioni legali hanno una particolare funzione giudiziaria in punto di prova contraria, essendo il loro scopo quello di «scemare l'arbitrio del giudice nello apprezzamento delle prove, agevolandogli la decisione delle questioni di fatto». In questa impostazione anche le presunzioni legali sono prove anche se precostituite dal legislatore (pag. 134 ss.). In merito alle presunzioni assolute l'A. afferma chiaramente che esse non sono vere presunzioni ma disposizioni (pag.181). CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920, esclude dall'analisi delle presunzioni legali quelle assolute e concentrandosi sulle presunzioni legali relative. Riguardo ad esse non si esclude la loro funzione in punto di formazione del convincimento del giudice, ma l'A. sembra voler precisare che le modalità attraverso cui la legge orienta tale convincimento consistono nell'interferire sull'oggetto della controprova (pag. 49 e ss.).

presunzione, dunque, alleggerirebbe il peso dell'onere probatorio del soggetto nel cui interesse opera³.

Più precisamente, laddove la presunzione legale ammette la prova contraria opererebbe come una regola sull'oggetto della prova, esemplificando la regola generale sull'onere probatorio inteso in senso soggettivo. In questo modo fungerebbe anche da regola rivolta al giudice che, nel caso in cui non sia offerta dal convenuto la controprova, è autorizzato ad affermare l'esistenza del fatto presunto senza necessità di

³ Si rende opportuno un revisiono riferimento alla figura dell'onere. L'onere è stato indicato in dottrina come la forma giuridica intermedia tra il potere ed il dovere che designa la posizione del soggetto che per realizzare un proprio interesse deve necessariamente compiere una determinata azione, di modo che vi è una inscindibile correlazione tra il conseguimento dell'interesse e il compimento dell'azione. BRUNETTI, per descrivere tale situazione usa la forma del "potere libero" *Norme e regole finali nel diritto*, pag. 73 e ss. Torino 1913; CARNELUTTI, *Teoria Generale*, ristampa dell'Univ. Camerino, 1988, analizza in modo approfondito l'onere distinguendolo dall'obbligo perché, sotto il punto di vista sostanziale, l'onere è diretto alla realizzazione dell'interesse proprio; lo accomuna al dovere sotto il profilo formale perché anche l'onere corrisponde ad un vincolo della volontà; anche in *La Prova civile*, Rist. 1992, pag. 20-21.

La regola contenuta all'art. 2697 c.c. costituisce la proiezione processuale dell'autonomia privata e del carattere disponibile degli interri giuridici privati; in tal senso CHIOVENDA, *Principi*, op. cit. pag. 787, il quale in modo chiaro e diretto spiega che «è lasciato all'iniziativa di ciascuna delle parti far valere i fatti che essa vuole siano considerati dal giudice, che cioè ha interesse che siano tenuti per veri da lui»; ed ancora, a pag. 729, «le parti sono i migliori giudici della propria difesa e che nessuno può conoscere meglio di loro quali fatti allegare e quali no». La corrispondenza tra l'art. 2697 c.c. e la nozione di onere è stata attentamente analizzata e contraddetta da MICHELI, op. cit. pag. 114 e ss., pag. 147 e ss. Ed invero, posto che l'onere è il necessario esercizio di una facoltà, se manca la correlazione necessaria tra attuazione della facoltà e conseguimento dell'interesse, a rigore non vi è onere. Perciò, nel nostro ordinamento non vi è un nesso assoluto tra onere della prova e principio dispositivo, vigendo, infatti, il "principio di acquisizione" e, seppur in casi limitati, un potere istruttorio del giudice; su queste considerazioni: LUISO, op. cit. pag. 233, 234; MENCHINI, *Osservazioni critiche sull'onere di allegazione dei fatti giuridici del processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano 1993, pag. 23 e ss., pag. 41; PATTI, *Le Prove*, pag. 50 e ss., in *Trattato Iudica e Zatti*, Milano, 2010; SACCO, *Presunzione*, op. cit. pag. 400, che criticamente osserva che l'onere della prova è incompatibile non solo con la ricerca d'ufficio della prova, ma anche con un meccanismo processuale che tenga conto della prova non offerta dall'interessato.

A questo punti però, il dibattito dovrebbe spostarsi sulla differenza tra onere della prova in senso oggettivo ed onere della prova in senso soggettivo, su cui: MICHELI, op. cit. pag. 108; PATTI, op. cit. pag. 57; anche nota successiva.

compiere alcuna valutazione. Si tratterebbe, allora, di una regola “deontologica” assimilabile alla regola di giudizio dell’art. 2697 c.c.⁴

Le volte in cui la presunzione legale non ammetta la prova contraria, si tratterebbe, invece, di *fictioiuris* imposta da una norma imperativa⁵.

2. Per riflettere sulla natura delle presunzioni legali e sulla condivisibilità dell’orientamento maggioritario, occorre analizzare la struttura generale della presunzione incominciando dalla presunzione semplice e dal fatto noto.

Prima ancora, è opportuno però prendere le mosse da una breve ricognizione del sistema in cui la presunzione assume rilievo, vale a dire la dialettica tra le parti in lite nella loro relazione con il giudice.

Occorre considerare, infatti, che le presunzioni - siano esse semplici o legali - si inseriscono proprio in quel rapporto, stratificandone l’oggetto. A tal proposito, è noto che alla piena disponibilità delle posizioni giuridiche soggettive fa da *pendant* il principio processuale della domanda, che è proiezione del principio dispositivo. La regola sulla ripartizione dell’onere della prova è poi, un corollario di questi principi.

Sono soltanto le parti in lite che possono legittimamente valutare l’opportunità di attivarsi davanti al giudice per far valere una pretesa cui è sotteso l’interesse giuridicamente protetto; soltanto le parti possono

⁴ La ricostruzione dell’art. 2697 c.c. come regola di giudizio rivolta al giudice affinché si scongiuri una pronuncia di *non liquet*, così da attribuirgli il potere di decidere anche in caso di persistente incertezza circa la sussistenza del fatto controverso, è di MICHELI, op. cit. pag. 176 e ss. (si parla in questo senso di regola deontologica per contrapporla alla regola logica su cui si costruisce il convincimento del giudice); in senso contrario VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Camerino, ristampa 1974, pag. 125. Se si ritiene che la presunzione legale relativa svolga la funzione di indicare i fatti impeditivi quali oggetto dell’eccezione, e che quindi il fatto impeditivo sia l’opposto del fatto presunto, allora le regole che pongono presunzioni legali relative non possono che essere regole deontologiche rivolte al giudice. In questo ultimo sembra la ricostruzione di SACCO, *Presunzione*, op. cit. pag. 409, 417. Sullo sfondo emerge la costante tentazione di considerare lo stesso art. 2697 c.c. come una particolare ipotesi di presunzione nella quale però sarebbe dubbia la natura logica o deontologica.

⁵ ANDRIOLI, *Presunzione*, cit. pag. 768; COMOGLIO, cit. pag. 291; LEONESSA, cit. pag. 108, 115.

selezionare i fatti da allegare al giudice fornendone la prova affinché, alla luce dell'istruttoria, possa giudicare fondata la domanda e somministrare il tipo di tutela richiesta in relazione alla posizione giuridica affermata e provata.

È la domanda giudiziale che individua i fatti da accertare e qualificare giuridicamente per emanare la pronuncia di merito⁶. Ed è chiaro che il contenuto della domanda deve riferirsi a fatti che abbiano una rilevanza giuridica per la posizione soggettiva attivata innanzi al giudice⁷.

Ci si riferisce ai fatti costitutivi della fattispecie.

Gli elementi costitutivi di una situazione giuridica sono i fatti cui corrisponde una concreta volontà della legge circa la produzione di un effetto giuridico nella sfera del soggetto considerato ed in ordine ad un oggetto d'interesse giuridico⁸.

Si tratta delle specifiche condizioni di esistenza del rapporto, proprie ed essenziali ad esso.

I fatti costitutivi si distinguono da quelli modificati ed estintivi.

Quelli modificativi tendono a mutare l'oggetto o il contenuto del diritto azionato (ad esempio: adempimento parziale; proroga del termine per adempiere).

I fatti estintivi, invece, fanno venir meno il diritto azionato; l'esempio di più immediata percezione è l'adempimento della prestazione.

Si tratta in ogni caso di fatti che sono connessi agli elementi costitutivi della fattispecie giuridica condizionandone perciò gli effetti e la loro persistenza. Emerge da quanto accennato che sia i fatti modificativi sia i fatti estintivi non possono essere simultanei quanto piuttosto necessariamente successivi ai fatti costitutivi.

⁶FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, pag. 336 e 355, in *Scritti Giuridici I*, Milano 1989; MICHELI, cit. pag. 407; LUISO, cit. 56 e ss.

⁷GRASSO, *La pronuncia di merito*, pag. 248, Milano, 1967; MENCHINI, op. cit. pag. 29;

⁸CHIOVENDA, op. cit. pag. 266; MENCHINI, op. cit. pag. 32, che però avverte circa la necessità di prendere atto delle differenze strutturali che, con particolare riferimento all'ambito processuale, sono riscontrabili tra le situazioni soggettive inerenti a diritti c.d. etero determinati e diritti soggettivi autodeterminati, pag. 36 e nota n. 29;

Tutti gli elementi fattuali sin qui considerati si distinguono dai fatti semplici che sono condizioni generali o comuni a più fattispecie giuridiche (ad esempio: validità del consenso o capacità giuridica delle parti) sottese dalla situazione giuridica oggetto della domanda giudiziale. Si tratta di condizioni che pur inserendosi come elementi fattuali nella fattispecie non sono suoi elementi costitutivi⁹. E conviene subito sgomberare il campo da una facile suggestione che, secondo l'uso volgare del termine presunzione, vuole i fatti semplici assimilabili ai fatti presunti. Si tratta evidentemente di una imprecisione: i fatti semplici non sono presunti; sono semmai impliciti e non bisognosi di prova; esse pure è facile cadere nell'equivoco per cui tutto ciò che non necessita di prova sia da intendere come presunto, tuttavia non è così. Si tratta invero di fenomeni differenti¹⁰.

Altra categoria importante è quella dei fatti secondari. Ad essi non è legato il perfezionamento della fattispecie o la produzione di effetti giuridici ma la loro identificazione è utile quali indizio dei fatti costitutivi.

3. Non è questa la sede per affrontare la difficilissima questione dell'onere della prova in senso soggettivo¹¹ che consiste nello stabilire quali sono i

⁹ Uno dei criteri tradizionali di classificazione dei fatti giuridici è descritto in funzione della loro efficacia o, in altri termini, del rapporto di causalità tra fatto ed effetti. In questo contesto si distinguono i fenomeni causali da quelli effettuali. I primi sono cause giuridiche, i secondi sono effetti giuridici. FALZEA, Enc. Dir. voce Fatto Giuridico; RUBINO, *La Fattispecie e gli elementi giuridici preliminari*, Camerino, ristampa 1978, pag. 42 e ss. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 1954, pag. 333.

¹⁰ La fattispecie si compone di tutti i fatti necessari secondo la norma giuridica per produrre l'effetto. La fattispecie si dice semplice se si compone di un solo fatto, si dice complessa quando si compone di più fatti. Secondo una nozione ampia di fattispecie essa si comporrebbe anche dei fatti secondari. Per una ricostruzione critica della differenza tra fatti costitutivi ed elementi semplici della fattispecie ved. RUBINO, op. cit. pag. 59 e ss. Pur riconoscendosi l'importanza e la logicità del criterio dell'efficacia, si avverte la sua inadeguatezza a descrivere compiutamente la fattispecie e l'essenza dei singoli fenomeni, laddove riduce la conoscenza della fattispecie dentro la relazione fatto - effetti giuridici; così in SCOGNAMIGLIO, op. cit. pag. 341 e ss.

¹¹ L'onere della prova disciplinato dall'art. 2697 c.c. svolge due funzioni: 1) ripartisce tra le parti l'onere di provare i fatti; 2) consente al giudice di emanare in ogni caso una pronuncia. Sotto il primo profilo si può parlare di onere della prova in senso soggettivo. Ciò posto, se si considerano le presunzioni legali quali strumenti per

fatti giuridici che se accertati come esistenti debbono ritenersi sufficienti al giudice per accogliere la domanda; questione che, in ultima analisi, consiste nello stabilire quali sono i fatti che devono essere senz'altro provati dall'attore per fuggire al rischio della mancata prova. Sin qui è sufficiente muovere dal dettato dell'art. 2697 c.c. senza dover indagare le ragioni della norma né la sua razionalità.¹²

Secondo questa norma l'attore deve provare soltanto i fatti costitutivi e non anche la mancanza di quelli impeditivi.

Il convenuto da parte sua, o fornisce al giudice la controprova dimostrando l'inesistenza del fatto provato dall'attore, oppure prova i fatti che modificano l'effetto di quello costitutivo, che lo estinguono o ancora che lo impediscono.

La nozione del fatto impeditivo è tra tutte la più controversa. L'art. 2697 c.c. non fa espresso riferimento a tale genere di fatto ma indica tra i doveri del convenuto quello di provare l'inefficacia dei fatti costitutivi adottati dall'attore.

Il fatto impeditivo perciò, diversamente da quello modificativo o da quello estintivo, non è posteriore al fatto costitutivo ma temporalmente coincidente ed incompatibile con esso.

Per l'importanza che ricopre nell'analisi strutturale della fattispecie provata per presunzioni legali, la problematica del fatto impeditivo merita un accenno necessario.

invertire l'onere della prova, esse dovranno chiaramente essere analizzate sotto il profilo dell'onere della prova in senso soggettivo, nel senso che spostano il tema della prova indicando quale parte processuale debba ottemperare all'onere e quale sia il suo oggetto. Gli sviluppi di questa concezione possono giungere sino a considerare la presunzione legale come una norma di tipo interpretativo che determina condizionatamente la natura dei fatti giuridici o di tipo sostanziale che modifica la struttura della fattispecie: ANDRIOLI, cit. pag. 768, che assimila la funzione della presunzione legale relativa a quella dell'art. 2698 c.c.; CHIOVENDA, op. cit. pag. 781; MICHELI, op. cit. pag. 190 e ss..

In questo contesto di analisi merita riflessione la ricostruzione teorica delle prove ad efficacia legale di CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Torino, 1933, laddove spiega l'interferenza tra prove legali e fattispecie utilizzando il congegno teorico della "norma materiale indiretta" e della "equivalenza processuale", pag. 341 e ss.

¹² Per una illustrazione generale con precisi riferimenti CONIGLIO, op. cit. pag. 87 e ss. PATTI, op. cit. pag. 47 e ss.; sopra, note nn. 4 e 5.

Ciò per due ordini di ragioni: 1) si è ritenuto che la collocazione strutturale del fatto presunto – così come emerge dalla disciplina dettata dall'art. 2728 c.c. – serva soltanto a prescrivere in capo al convenuto l'onere di dare la prova del fatto impeditivo¹³; 2) questa concezione limita l'utilizzabilità del fatto impeditivo, che funzionerebbe solo da controprova e non da prova diretta, con la conseguenza che nel caso di fattispecie provate per presunzione il fatto impeditivo servirebbe soltanto ad eccepire la sussistenza strutturale della presunzione; mai esso potrebbe ostacolare, invece, gli effetti del fatto noto, vale a dire la conseguenza presuntiva cui si giunge per la semplice sussistenza dello stesso¹⁴.

A fronte di ciò, nel prosieguo si cercherà di argomentare, invece, la possibilità di fare del fatto impeditivo lo strumento per misurare gli effetti dell'inferenza presuntiva e con ciò dell'ambito di applicazione della presunzione legale.

Chiarire i termini del dibattito intorno al fatto impeditivo è, perciò, un passo concettualmente necessario.

Occorre procedere con ordine.

Il procedimento di segmentazione della fattispecie negli elementi costitutivi che la compongono è noto come *semplificazione analitica della fattispecie*, e si fonda proprio sulla elaborazione dogmatica del fatto impeditivo.

¹³ SACCO, op.cit. pag.407 che analizza il fenomeno presuntivo insieme a quello della distribuzione del rischio per la mancata prova e conclude che « la non coincidenza delle tre categorie (fatti costitutivi; fatti non presunti; rischio della mancata prova imposto all'attore) rimane non dimostrata. Dimostrato e dimostrabile è soltanto quell'elemento, comune ai tre fenomeni in esame, che si riduce alla necessità della prova del fatto dato nella situazione processuale data», pag. 418. Ma per un differente utilizzo del fatto presunto e del fatto impedito da parte dello stesso Autore, ved. *La presunzione di buona fede*, in Riv. Dir. Civ. 1959, pag.276 e ss.

¹⁴ CONIGLIO, op. cit. pag. 59 e ss.; in ordine alla prova contraria nel caso i presunzione legale relativa, LESSONA afferma che « si tratta di provare speciali circostanze di fatto, le quali dimostrano che la presunzione legale, nel caso non ha ragione di esistere», op. cir. Pag. 245; RAMPONI, secondo quello che è ancora oggi l'indirizzo prevalente, ammonisce che la prova contraria si deve riferire alla verità del fatto che sarebbe presunto, non alla ragionevolezza della presunzione, op. cit. pag. 167. Si tratterà di vedere se questa concezione, magari seguendo l'osservazione di Lessona non debba essere circoscritta che al campo della previsione astratta della presunzione legale, potendosi ammettere nel caso concreto uno spazio sindacabilità.

La semplificazione della fattispecie si fa interprete dell'esigenza processuale cristallizzata nell'art. 2697 c.c. È grazie alla semplificazione della fattispecie, ed in considerazione dei fatti costitutivi, che si identificano quelli modificativi, estintivi ed impeditivi. Ed è in considerazioni di ragioni di giustizia distributiva connesse all'interesse specifico della parte in giudizio che si giustifica la ripartizione della prova dei fatti inclusi (costitutivo) o esclusi (impeditivi) nella struttura rilevante della fattispecie¹⁵.

Nel contesto teorico che ci interessa, la giustificazione della ripartizione del carico probatorio in base alla semplificazione anzidetta va rintracciata nel principio di simultaneità che si fonda sulla corrispondenza biunivoca tra perfezione strutturale ed efficacia¹⁶.

In questo quadro di analisi il fatto impeditivo non può avere una configurazione autonoma ma è forzatamente ricondotto dentro lo schema unitario della fattispecie.

Nell'impostazione più remota, infatti, il fatto impeditivo è inteso come parte degli elementi essenziali del fatto giuridico, ma caratterizza – ed il dato è decisivo – per il suo segno algebrico che è inverso rispetto a quello degli altri elementi essenziali.

Perciò, l'inverso del fatto impeditivo (che è : – fatto impeditivo) è elemento necessario della fattispecie.¹⁷

L'applicazione di questa impostazione teorica è chiaramente intesa in riferimento agli elementi che non sono bisognosi di prova, in quanto

¹⁵CHIOVENDA, cit. pag. 266; COMOGLIO, op. cit. pag. 99; GRASSO, op. cit. pag. 248; PATTI, op. cit. pag. 49; VERDE, op. cit. pag. 181 e ss.

¹⁶ Tutte le norme che regolano una figura indicano un elemento della sua fattispecie, e poiché la fattispecie è costruita in funzione dei suoi effetti, non sarebbe possibile che si diano quegli effetti senza che si sia verificata la fattispecie. Perciò, il fatto impeditivo (osservato nella sua espressione contraria) è mera occasione di quell'effetto e quindi della fattispecie: CARNELUTTI, *Teoria Generale*, cit. pag. 293; COMOGLIO, cit. pag. 102; GRASSO, cit. pag. 249; SACCO, cit. pag. 406, 407; VERDE, pag. 186.

¹⁷ FABBRINI, cit. pag. 339, e nota 7; GRASSO, cit. pag. 252, ove mette in luce come questa concezione del fatto impeditivo determina una duplicazione della stessa entità, ora vista dall'esterno della fattispecie, ora dall'interno, a seconda del del segno algebrico sotto il quale venga considerata; e come questa concezione muova dall'assunto aprioristico per cui l'inefficacia della fattispecie non può che dipendere dal difetto della sua struttura.

condizioni semplici di esistenza della fattispecie: provato l'accordo, è implicita l'esistenza della piena volontà dei consenzienti, salvo la prova del vizio della volontà. Il vizio della volontà, assunto con il suo segno naturale, è l'elemento impeditivo, ma nella fattispecie costituita dall'accordo della parti esistente necessariamente con il segno invertito (–vizio della volontà).

Perciò, posto un elemento essenziale ma non bisognoso di prova, il fatto impeditivo con segno invertito (–) corrisponde all'anzidetto fatto strutturale non bisognoso di prova¹⁸.

In altri termini, nella logica razionale del principio di simultaneità, se sono presenti gli elementi costitutivi specifici, così come quelli semplici, non occorre la prova dell'assenza del fatto impeditivo. Ciò perché soddisfatte le condizioni di rilevanza per il perfezionamento della fattispecie, la stessa è necessariamente efficace.

Quanto sin qui scritto sul fatto impeditivo può apparire un mero esercizio mentale. Tuttavia, occorre considerare che se si ricostruisce il fatto impeditivo nei termini esposti se ne svilisce la funzione perché esso assume rilevanza soltanto come fatto giuridico dell'eccezione¹⁹. In questa impostazione, la dogmatica del fatto impeditivo svolge la propria funzione solo nel campo processuale e segnatamente in tema di ripartizione del carico probatorio dei fatti giuridici. Qualificando, infatti, il fatto impeditivo ed identificandolo, si stabilisce anche su chi gravi il relativo onere.

Lungo questa linea di pensiero, stabilire se sia vero che il fatto impeditivo è elemento interno alla struttura della fattispecie costitutiva o se piuttosto esso integri, invece, un'autonoma fattispecie impeditiva, è poco rilevante.

¹⁸ Ed è evidente allora come il fatto impeditivo venga a ricoprire un ruolo soltanto in una logica processuale. In merito al ruolo del fatto impeditivo, si è osservato, a tal proposito, (COMOGLIO, op. cit. pag. 104) che «se si intende porre a fuoco la natura necessariamente costitutiva di ogni elemento positivo o negativo, richiesto come tale dalle norme per la produzione di un dato effetto, non si può fare altro che espungere per incompatibilità logica, il rispettivo opposto da reputarsi un non elemento; RUBINO, cit. pag. 42 e ss.

¹⁹ GRASSO, cit. pag. 251. FINZI, Il Possesso dei diritti, ... pag. 334 giunge così ad affermare che il fatto impeditivo non sia distinguibile (funzionalmente) da quello estintivo.

Sia in un caso che nell'altro, invero, l'onere della prova del fatto impeditivo graverà sul convenuto.

Ma dal diverso punto di vista sostanziale, soprattutto in tema di prova legale, chiarire la natura del fatto impeditivo assume un'importanza determinante.

Si consideri che seguendo il principio di simultaneità, il fatto presunto, in quanto non bisognoso di prova, deve corrispondere all'inverso del fatto impeditivo, di modo che l'unica controprova del fatto presunto sarebbe quella che contesta la sussistenza dei fatti strutturali della fattispecie.

E tuttavia, alla luce della dottrina moderna, occorre considerare che il perfezionamento della fattispecie e la produzione dei suoi effetti non sono necessariamente in connessione biunivoca e si collocano su due piani diversi. Invero, è un assunto aprioristico quello in base al quale l'inefficacia di una fattispecie non può dipendere che dal difetto della sua struttura. Perciò, l'impostazione che azzerà l'autonomia ontologica del fatto impeditivo deve essere superata²⁰. Esso può avere (deve avere) ad oggetto fatti diversi da quelli strettamente riconducibili alle condizioni di esistenza della fattispecie e non si identifica nell'inverso del fatto costitutivo. La sua funzione è quella di ostacolare gli effetti della fattispecie dall'esterno. La prova del fatto impeditivo non è semplice prova contraria ma è prova diretta.

²⁰ Per razionalizzare, sul piano sostanziale, la funzione probatoria del fatto impeditivo occorre, o differenziare i fatti costitutivi intesi in senso stretto e quegli elementi che hanno una minore incidenza sull'effetto, salvaguardandone – ma in modo contraddittorio – l'inserimento strutturale nella fattispecie, oppure superare il principio di simultaneità. I tentavi in questo senso sono stati di FINZI, *IL possesso dei diritti*, cit. pag. 338 e ss., e nel solco così tracciato di FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, pag. 1 e ss.

Rispetto alla prima possibilità, occorre tuttavia considerare che, nell'ottica dell'efficacia, è difficile spiegare la distinzione tra elementi che si assemblano nella stessa fattispecie con efficacia diversa. Peraltro, è dubbio che il legislatore consideri il fatto impeditivo come un elemento necessario alla produzione di un certo effetto. Ed è per questo che in certi casi viene espressamente regolato l'onere della prova in ordine al fatto impeditivo inteso come dichairatamnete tale dal legislatore. COMOGLIO, op. cit. pag. 106, 105; GRASSO, op. cit. pag. 250, 251; MICHELI, op. cit. pag. 333; SCOGAMIGLIO, op. cit. pag. 339, e ss, e in critica conclusiva, pag. 347.

E sotto questo aspetto, chiarire che il fatto impeditivo non è necessariamente interno alla struttura della fattispecie ma opera dall'esterno è d'importanza decisiva²¹.

Un conto è, perciò, dare la controprova del fatto presunto, elemento strutturale della fattispecie, altro conto è provare il fatto impeditivo della presunzione.

4. Come noto, il giudizio di fatto è la prima fase del giudizio di merito compiuto dal giudice. Prima di ogni altra valutazione, il giudice deve, infatti, ricostruire la situazione di fatto secondo quanto allegato dai contendenti; solo dopo sarà possibile giudicare la vicenda in punto di diritto: *da mihi factum dabo tibi*.

Provare vuole dire innanzitutto controllare l'effettiva veridicità di un fatto controverso; il concetto di prova non riguarda, quindi, i fatti sulla cui esistenza vi è accordo tra le parti né i fatti che risultano comunque incontestati o incontestabili. La prova è lo strumento di conoscenza mediante il quale il giudice valuta i fatti incerti²².

²¹Ed in questo senso, gli sforzi della dottrina che, superando lo schema causale degli effetti, ha rimesso al centro la norma giuridica. Invero, soltanto la norma giuridica costituisce la fonte della realtà giuridica creando sia la fattispecie che gli effetti. La giuridicità della fattispecie dipende, infatti, non tanto dalla sua efficacia ma dalla rilevanza che la norma gli attribuisce. È la norma che qualifica i fatti naturali attribuendogli rilevanza giuridica. In questa operazione creatrice, il fatto impeditivo si colloca tra il momento della qualificazione e quello della rilevanza, in modo che la sua presenza neutralizza gli effetti della fattispecie: FALZEA, cit. pag. 14; SCOGNAMIGLIO, cit. pag. 350.

Queste considerazioni analizzano il fatto impeditivo sotto l'aspetto funzionale. Nell'evoluzione dell'analisi dottrina sono ulteriormente superate, ponendosi l'accento sull'aspetto strutturale ed immaginandosi accanto alla fattispecie costitutiva, un'autonoma fattispecie impeditiva: GRASSO, op. cit. pag. 251, ss.

Ma la dottrina è andata ancora oltre, e lungo il solco tracciato dalle critiche al principio di simultaneità, e soffermandosi sul rapporto tra rilevanza giuridica ed efficacia, distingue il momento interpretativo (c.d. nomologico) da quello operativo (c.d. cronologico), precisando che al momento della rilevanza non sempre segue quello dell'efficacia. << La liberazione degli effetti dipende, infatti, dalla mancata postulazione in concreto di circostanze che siano in grado di escludere l'efficacia della fattispecie propriamente costitutiva >>: VERDE, op. cit. pag. 201 e ss.

²² Afferma efficacemente CARNELUTTI, *La prova civile*, rist. Milano 1992, pag. 20 " La affermazione unilaterale (discorde) di un fatto è condizione necessaria per la sua

Ciò posto, il punto d'avvio nel procedimento di accertamento del fatto è la delimitazione dell'oggetto di indagine che costituisce il *themaprobandum*.

Durante l'istruttoria, la dialettica probatoria produce un moto che alterna verità e controverità articolandosi in prove di diverso genere differentemente rappresentative che complicano la struttura della fattispecie oggetto della controversia e prima ancora la scelta dell'ipotesi di giudizio da parte del giudice²³.

Il primo momento della ricostruzione del fatto è incentrato su un'ipotesi formulata dalle parti mediante le allegazioni prodotte *prima facie*. Di questa ipotesi, in una seconda fase del giudizio, deve ottenersi, mediante le prove, la verifica di corrispondenza alla realtà. Le allegazioni delle parti svolgono la funzione di fissare il tema dell'indagine, ma per decidere se il fatto affermato sia vero occorre che il giudice possa mettere a confronto la rappresentazione che del tema dell'indagine è data dalle parti con le variazioni e le complicazioni che dello stesso emergono nel corso dell'istruttoria²⁴.

In via preliminare, è necessario, allora, fare chiarezza circa la nozione di prova, seguendo le avvertenze del Carnelutti²⁵.

La prova altro non è se non la verifica di un'ipotesi di giudizio ricavabile dagli enunciati fattuali rappresentati dalla parti. Il fatto è provato quando in base al risultato raggiunto a seguito della valutazione del materiale probatorio, il giudice ha conseguito un accettabile grado di

posizione nella sentenza; la affermazione bilaterale (concorde) è per ciò condizione sufficiente”.

²³ TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in Riv. Trim ProcCiv. 1955, pag. 789 laddove l'A. avverte circa la necessità di muovere da una definizione ampia dell'oggetto del giudizio di fatto, tale da includere tutti gli enunciati relativi ai fatti principali ed ai fatti secondari ed ammonisce sul fatto che nel momento in cui tali enunciati vengono formulati hanno natura soltanto ipotetica essendo il loro *status* epistemologico quello dell'incertezza.

²⁴ TARUFFO, op. ult cit. pag. 805; CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, in Riv. Dir. Proc. 1955, pag. 172: “il giudizio di verosimiglianza invece non attende le rappresentazioni probatorie del fatto da provare: esso si basa, prima dell'indagine in concreto, su una massima di esperienza che riguarda la frequenza con cui si producono nella realtà i fatti del tipo di quelli allegati”; ora anche in *Opere giuridiche*, Napoli 1962.

²⁵ CARNELUTTI: *La prova civile*, cit. pag. 54 e ss. ; anche *Diritto e processo* pag. 126.

certezza in ordine alla verità dell'ipotesi considerata. La prova così intesa si distingue perciò dalla fonte di prova che è l'elemento da cui può trarsi un risultato probatorio; si distingue anche dal mezzo di prova, che è lo strumento utilizzato per estrapolare il risultato probatorio dalla fonte di prova. Mezzo di prova per eccellenza è l'induzione del giudice; le fonti di prova costituiscono, invece, il materiale che il giudice utilizza per ricostruire la rappresentazione di un fatto che confermi l'ipotesi ottenuta in base alle allegazioni delle parti.

La scelta dell'ipotesi assunta a tema conclusivo del processo spetta al giudice ed è condotta, all'inizio, secondo il grado di verosimiglianza del fatto che emerge dalle allegazioni.

La verosimiglianza però non è sufficiente a fondare il giudizio sul fatto. A tale riguardo, è noto che il processo non può condurre alla verità assoluta quanto, piuttosto, alla c.d. "verità formale", tuttavia, mediante il processo, il giudice aspira quantomeno a raggiungere un livello di certezza idoneo a sostenere il suo intimo convincimento circa l'accadimento del fatto, tale da far considerare come altamente probabile che il fatto sia avvenuto realmente. Nel processo, dunque, la verità assoluta esiste soltanto come la misura massima della scala di graduazione circa la realtà di un fatto. In questa scala di giudizio, la certezza processuale si pone ad un livello accettabile di probabilità logica tra la non conoscenza e la verità assoluta²⁶.

²⁶CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, cit. pag. 165, CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. pag. 29 e ss.; LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in Quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile: Le prove nel processo civile – atti del xxv convegno nazionale – Cagliari, 7 – 8 ottobre 2005, pag. 161, ss.; TARUFFO, voce *Prova*, in Digesto Disc. Priv. pag. 4.; anche *La prova...* cit. pag. 166 e ss., 199, laddove l'A. chiarisce la differenza tra verosimiglianza e probabilità, muovendo dalla critica alla probabilità quantitativa di Pascal ed approdando alla probabilità logica di matrice baconiana. Vale allora far un cenno alla differenza che vi è tra la probabilità in senso oggettivo o statistico e la probabilità logica. La prima concezione è di matrice empirica e misura il rapporto fra il numero dei casi favorevoli al verificarsi di un evento e il numero dei casi possibili. Si tratta perciò di una probabilità quantitativa. Si tratta di una nozione di probabilità che non tiene in debito conto la maggiore complessità del giudizio probatorio. Questo tipo di giudizio deve essere invece di tipo soggettivo o logico perché solo in questo modo si rende possibile effettuare una valutazione completa che tenga conto delle specificità del caso concreto. La causalità logica è più ampia della causalità statica.

La nozione di verosimiglianza è stata al centro di un elevato dibattito dottrinario all'esito del quale sembra potersi affermare che essa vada definita in modo distinto dalla probabilità e stia ad indicare, invece, il grado di capacità rappresentativa di una descrizione rispetto ad una ipotesi²⁷. La verosimiglianza, quindi, riguarda la valutazione *prima facie* all'ipotesi di giudizio e precede la valutazione delle prove. Ciò, peraltro, troverebbe conferma nel dato normativo; agli artt. 2723 e 2724 n.1. del c.c. il legislatore fa espresso richiamo alla verosimiglianza al fine di ammettere la prova testimoniale. In alcuni casi la verosimiglianza sta alla base di una decisione ma quando ciò accade, come nel caso dell'azione di spoglio (art. 1168 cpv), la ragione sta nel fatto che la decisione in questione è destinata a produrre un effetto temporaneo avendo natura cautelare; in casi di questo tipo al giudice è consentito di decidere sulla sola base di un'ipotesi verosimile e non ancora verificata. Ma al di là di queste ipotesi, di regole, la verità giuridica di un fatto si può ritenere conseguita solo se l'ipotesi che si ricava da quanto allegano le parti è provata da quanto risulta dalle fonti di prova a disposizione del giudice.

La prova dunque non serve a conseguire il giudizio di verosimiglianza del fatto rappresentato dalle parti ma ad ottenere la *dimostrazione* della verità del fatto enunciato²⁸. La veridicità dell'ipotesi è, in questo contesto teorico, data dal grado di probabilità logica raggiungibile grazie alla valutazione delle prove.

Nel dibattito classico, questa impostazione si è contrapposta a quella che attribuisce alla prova una funzione retorico-persuasiva²⁹. Si tratta di una

²⁷ Tali conclusioni sono quelle cui giunge TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* op. cit. pag. 158 s.s., a seguito della critica rivolta alle osservazioni di Calamandrei

²⁸ In questa impostazione, i caratteri della funzione dimostrativa della prova di sintetizzano: 1) utilizzo di criteri razionali per sostenere l'attendibilità di un'ipotesi; 2) utilizzo degli stessi criteri nel giudizio di fatto; 3) esplicitazione degli stessi nella motivazione della sentenza.

²⁹ BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in Riv. Dir. Civ., 1955, pag.3 e ss. L'A. nel criticare la prospettiva deduttiva o retorica della ricostruzione giuridica dei fatti, condividendo, invece, quella razionale afferma " Certo, se il compito del giurista fosse di persuadere i cittadini a compiere azioni e a tralasciarne altre, la retorica come arte di persuasione dovrebbe avere gran parte nei suoi ragionamenti. Ma noi riteniamo che non vi sia analogia tra il giurista e il moralista";

tesi che muove dall'assunto per cui non essendo possibile col processo conseguire la certezza scientifica circa la verità del fatto rappresentato, la prova non può avere altro ruolo se non quello di persuadere il giudice in base ad una valutazione, più o meno alta di verosimiglianza. In questo contesto teorico si utilizza la verosimiglianza come termine contrapposto alla verità e si postula una ontologica incompatibilità tra verità e probabilità; di modo che la verità, non potendosi accontentare del probabile, non potrebbe essere conseguita nel contesto del processo giudiziario. Alla funzione retorico-persuasiva della prova si accompagna la rinuncia ad ogni tentativo di rendere razionalmente controllabile il procedimento di ricostruzione dei fatti da parte del giudice. Tale procedimento, peraltro, non può che essere quello sillogistico. Lungo il solco di questa impostazione, il procedimento deduttivo non si sviluppa soltanto durante la fase di valutazione del *factum probans* ma segna anche la determinazione delle conclusioni di giudizio.

Il giudice, posto innanzi al fatto contestato, lo utilizza come premessa minore di un'argomentazione sillogistica la cui premessa maggiore sta nel fatto descritto da una massima generale di esperienza che il giudice ritiene applicabile al fatto percepito e accolto come ipotesi di giudizio. La possibilità di sussumere il fatto affermato in premessa minore entro la regola generale dipende dalla presenza tra le due premesse di un termine intermedio di congiunzione³⁰.

Ciò considerato, il giudizio sul fatto si compone di due fasi: prima il giudice formula una ipotesi che prende le mosse da quella allegata dalle parti, poi utilizza le prove per verificare la fondatezza dell'ipotesi. Sia per

La concezione persuasiva della prova è stata sostenuta da Perelman, *Rhetorique et Philosophie*, Paris, 1952.

³⁰ Il procedimento della ricostruzione sillogistica è articolato nelle sue fasi da CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. pag. 16, ma soprattutto pag. 62 e ss. Il ricorso da parte di Carnelutti alla struttura del sillogismo e alle massime di esperienza, non deve far credere però che egli sostenga la funzione persuasiva della prova. Al contrario, C. è il principale sostenitore della "fissazione formale del fatto" in base a regole legali e logiche che non postulano affatto il pieno convincimento del giudice. È nota a tal proposito come secondo C. "*codesta disciplina non è mai informata all'arbitrio e non è mai stata informata al pregiudizio, bensì viene costituita secondo lo scopo (politico) di ottenere la conoscenza dei fatti controversi per la via più rapida e sicura*".

formulare l'ipotesi sia per verificarne la corrispondenza alla realtà il giudice si avvale di proposizioni che in qualche modo richiamano la questione controversa. Ma sia nella prima che nella seconda fase del giudizio sul fatto, il livello della conoscenza si ferma allo stadio della persuasione, della verosimiglianza.

Così, ad esempio, se Tizio dà la prova di aver consegnato a Caio un suo bene, pretendendone perciò il prezzo, se ne dedurrà, prima ancora che per l'applicazione dell'art. 1498 c.c., che Caio, in virtù della regola generale per cui solitamente non si dà niente per niente, è debitore di Tizio. A questo punto è bene fare attenzione: la regola per cui nessuno dà niente per niente, è compatibile al senso comune, ed in questa impostazione viene elevata a massima di esperienza sull'assunto che l'onerosità dello scambio corrisponda *alquodplerunqueaccidit*. Solo dopo aver scelto questa regola di esperienza e averne verificato la corrispondenza al fatto allegato si valuterà la sua idoneità a costituire regola utile a formulare un giudizio giuridico, vale a dire la sua cristallizzazione nella norma.

Ciò posto, si consideri che la scelta di questa regola da parte del giudice esige però, che egli raggiunga la prova dell'avvenuto scambio. A questo scopo non sarebbe sufficiente la produzione del contratto di vendita perché questo, ancorché rappresentativo della volontà delle parti di trasferire il bene, non prova che lo scambio si è compiuto. Il contratto è sì prova dell'avvenuta vicenda negoziale ma non consente il giudizio sul fatto controverso. Per provare l'avvenuto scambio sarà necessario produrre altri elementi, come ad esempio il documento di trasporto del bene: è la consegna, infatti, che rende esigibile il prezzo.

Solo a questo punto il giudice, una volta che abbia accertato la verità della premessa minore, potrà orientare il suo giudizio alla luce della regola generale anzidetta.

Nella ricostruzione sillogistica che si sviluppa nel caso in esame, il termine intermedio tra il fatto provato e la regola generale scelta dal giudice è dato dalla posizione occupata da ciascuno dei contendenti nella vicenda. Tizio è colui che dà, Caio colui che riceve. E' evidente che la

premessa minore (Tizio ha dato un bene a Caio) e la premessa maggiore (nessuna da niente per niente) evocano la descrizione di un stesso fatto (la consegna di un bene). Dopo di ciò, il giudice, non dovrà fare altro che qualificare giuridicamente il fatto scegliendo la fattispecie normativa in cui sussumerlo. Si può concludere che nel sillogismo probatorio si assiste ad una verifica di corrispondenza tra la il fatto rappresentato nella premessa minore e la regola di esperienza. Sarebbe proprio la verifica di corrispondenza con questa regola generale a fornire la prova dell'ipotesi alla luce del fatto descritto in premessa minore. In sostanza i fatti offerti al giudice confermerebbero l'ipotesi perché tra essi vi è corrispondenza.

Il ragionamento descritto è senz'altro suggestivo. La sua solidità razionale è però tutt'altro che dimostrata. Ed infatti la regola di esperienza utilizzata – nessuno dà niente per niente – pretende di affermare in modo assiomatico proprio ciò che, invece, deve essere dimostrato.

Nell'elaborazione teorica descritta, la massima d'esperienza svolge la funzione di consentire l'applicazione del sillogismo sia per la valutazione delle prove sia, conseguentemente, per il conseguimento della conclusione. E' del tutto evidente perciò come per la buona ricostruzione del fatto sia fondamentale una corretta scelta della massima di esperienza; è altresì evidente che nel caso descritto, l'accertamento del fatto non sia andato oltre un buon grado di suggestione.

Occorre a questo punto fare un cenno alla nozione di massima di esperienza. Si tratta di giudizi *di fatto* che si caratterizzano perché non vertono *sul fatto* considerato ma recepiscono una regola risultante per astrazione e generalizzazione dalla ripetuta esperienza in ordine al fatto noto. È l'esperienza origine e ragione di validità di queste massime³¹.

³¹ CALOGERO le definisce come *"tutte quelle nozioni generali, acquisite attraverso l'esperienza delle cose, mediante le quali è possibile considerare un dato fatto, di cui si è avuta la conoscenza, come argomento o indizio della realtà di un altro fatto"*: in *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, pag. 101, Padova-1937. Il tentativo di razionalizzare le massime di esperienza prende le mosse dall'opera di STEIN, *Das Private Wissendes Richeters*, Leipzig, 1893; analisi ripresa anche da CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. pag. 64 ss.

Le massime di esperienza non sono perciò fatti e, non afferendo alla *questiofacti*, non richiedono alcuna valutazione. Le massime di esperienza sono, invece, regole³².

La legittimità delle massime di esperienza è stata contestata.

Si è osservato come nell'individuare la regola di esperienza, il giudice non sia né assolutamente necessitato, perché in tal caso non avrebbe alcun problema da risolvere, né assolutamente libero, perché altrimenti non gli si presenterebbe alcun ostacolo³³. In linea di principio, infatti, il giudice è libero di valutare i fatti della controversia e di qualificarli giuridicamente ponendo autonomamente le premesse logiche dell'indagine probatoria. Ciò posto non vi sarebbe alcuna differenza tra la massima di esperienza e la conoscenza implicita nel più ovvio sapere umano; perciò le massime di esperienza non potrebbero avere rilievo.

Nonostante questa critica, la centralità delle massime di esperienza quale strumento utilizzato dal giudice per individuare una relazione probatoria tra *factum probans* e *factumprobandum* deve essere confermato. Invero, le massime di esperienza non sono soltanto avvertite come presenti ma soprattutto come necessarie e si pongono per questo motivo ad un livello ben superiore al dato di comune e banale conoscenza. La natura della massime di esperienza è diversa da quella del fatto notorio. È su questa considerazione che deve ribadirsi la funzione della massime di esperienza a fungere da collettore dei fatti controversi che, ipotizzati nell'allegazione in giudizio delle parti, devono essere assimilati ad una realtà astratta e oggettivamente cristallizzata prima di essere ricondotti allo schema stigmatizzato dal quadro giuridico applicabile.

Piuttosto, nell'ottica della funzione dimostrativa della prova, ciò che esige particolare attenzione è l'individuazione corretta delle regole di esperienza³⁴.

³² CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, Riv. Dir. Proc. Civ. 1955, pag. 43.

³³ CALOGERO, op. cit. pag. 99; ma ved. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in Enc. Del DIR. pag.

³⁴ CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, in Riv. Dir. Proc. 2001, pagg. 95 – 96.

Per applicare una norma giuridica al fatto concreto occorre dimostrare che il fatto in questione abbia rilevanza giuridica e sia perciò preso in considerazione dalla norma. Non è sufficiente, invece, ritenere verosimile la corrispondenza tra fatto e norma. In altri termini – come autorevolmente sostenuto - per qualificare giuridicamente una vicenda fattuale occorre dimostrare che essa esista per il diritto; non basta farlo credere.

Questa affermazione è interprete di una esigenza di razionalità logica della rappresentazione giuridica dei fatti che nel processo ha come referente il controllo sulla correttezza della decisione del giudice. Per soddisfare questa necessità di razionalità giuridica è necessario che le premesse su cui si deve costruire la conclusione – che nel contesto del processo è la decisione – siano identificate in modo fisso, necessario e non, invece, in maniera deduttiva. Il problema della verità dei fatti rappresentati dalle parti all'interno del processo consiste allora nel rintracciare le basi per una verità che, per quanto formale, esprima il più alto livello di probabilità possibile, e tale non può essere l'accertamento persuasivo.

La relazione probatoria tra *factum probans* e *factum probandum* è appropriata se si regge su nozioni controllabili anche all'esterno del processo. Ciò è possibile se le premesse del procedimento accertativo corrispondono all'esperienza comune ed oggettivamente apprezzabile. È un passaggio imprescindibile, quindi, che la scelta delle regole di esperienza sottostante all'identificazione dell'ipotesi di giudizio sia effettuata in modo razionale.

La questione è molto delicata. Che il senso comune produca regole generali idonee a fondare deduzioni datate di validità logica – come vuole l'impostazione sillogistica del ragionamento probatorio – è certamente discutibile.

A fronte di ciò, si è autorevolmente indicato il percorso selettivo delle massime di esperienza. Si è così affermato che deve innanzitutto trattarsi di nozioni comunemente accettate dall'ambiente sociale e culturale nel quale la decisione viene formulata; non deve trattarsi inoltre di nozioni falsificate o contraddette da conoscenza scientifiche; infine, deve trattarsi

di nozioni coerenti con il sistema di riferimento e non contraddette da altre regole di senso comune. Soddisfatte queste condizioni le massime di esperienza sono <<*schemi razionali idonei a fungere da modelli discoperta, di controllo e di giustificazione delle valutazioni e delle inferenze che il giudice pone in essere al fine di stabilire se un'ipotesi su un fatto è confermata dai dati probatori disponibili*>>³⁵.

Queste indicazioni sono state ulteriormente arricchite dal monito – sempre si matrice dottrinale – che avverte la necessità che la motivazione della decisione espliciti chiaramente i passaggi logici della ricostruzione del fatto, tenendo conto di tutte le variabili dello stesso³⁶.

Con riferimento alla prova giudiziaria, il riferimento è chiaramente rivolto al contesto nel quale essa è chiamata ad operare e, quindi, alla rilevata opportunità che – come anticipato - la motivazione giudiziale costituisca la giustificazione, su basi logiche e razionali, delle scelte operate.

Per applicare correttamente le regole di esperienza è necessario che il loro uso sia pertinente e congruo rispetto ai fatti concreti cui esse si riferiscono. Questo impiego inoltre deve essere condotto per gradi tenendo conto della dialettica contrapposizione tra le possibili inferenze probatorie che si sviluppano nel corso del processo. Perciò la razionalità cui si giunga applicando quale premessa del ragionamento probatorio le regole di esperienza è variabile e flessibile.

5. Poste queste considerazioni, è chiaro che il percorso che conduce, mediante l'inferenza, dal fatto noto a quello ignoto è sempre destinato ad accertare l'esistenza di un fatto corrispondente alla fattispecie giuridica descritta da una norma. Sul punto occorre però rammentare subito che nel contesto del processo ciò di cui si accerta la verità è l'*affermazione* di un fatto sussumibile alla norma giuridica e non l'esistenza del fatto

³⁵ TARUFFO, *Funzione della prova*, cit pag. 561 -562.

³⁶ CARRATTA, op. cit. pag. 97.

materiale³⁷. Perciò il fatto, inteso come oggetto della prova, è quello contenuto nell'enunciato rivolto dalla parte per dimostrare l'esistenza delle condizioni di applicabilità della norma. La norma considera fatti materiali e li cristallizza in enunciati astratti; l'oggetto della prova si compone di enunciati che, in ipotesi, riproducono i fatti a loro volta enunciati dalla norma. La questione giuridica, dunque, si distingue dalla questione di fatto, ed il fatto giuridico sostanziale si distingue dal fatto rilevante nel processo in punto di prova. Ciò, in linea teorica, è sostenibile perchè i criteri della logica probatoria vengono in gioco necessariamente dopo che la rilevanza di un fatto abbia ottenuto un riconoscimento normativo. La formulazione della fattispecie si colloca, ovviamente, prima della necessità della sua accertabilità.

Perciò, il fatto non si presenta mai al giudice come un semplice accadimento materiale, ma sempre come fatto qualificato giuridicamente da una norma che lo considera al fine del prodursi di dati effetti. Conseguentemente, il momento della qualificazione giuridica del fatto in quanto enunciato normativo non può essere autonomo dal momento della considerazione del fatto.

Il giudice, infatti, prima di porsi il problema della veridicità del fatto lo deve esaminare dal lato giuridico. Ciò perché il fatto non deve essere accertato in se ma in quanto presupposto per l'applicazione di una norma³⁸. E, seguendo il solco tracciato al punto precedente, è possibile affermare che l'individuazione del fatto giuridicamente rilevante è, ai fini della decisione, preliminare ad ogni attività di accertamento. È su quel fatto, invero, che verterà l'oggetto della prova; è quel fatto che, schermato dal *factum brobans*, costituisce la premessa minore del procedimento che, in modo razionale, dovrà concludersi con la decisione sul fatto incerto.

³⁷ CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. pag. 44; anche in *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, pag. 676 <<Chi rifletta che la prova non è conoscenza ma riconoscimento, dirà che il suo obiettivo immediato è la affermazione, che si tratta di verificare, e il suo obiettivo *mediato* il *quid* affermato>> ; CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, cit. pag. 73, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* cit. pag. 91.

³⁸ FABBRINI, *Oggetto del processo*, cit. pag. 342, nota n. 8.

Ma chiarito tutto ciò, è determinante considerare che nel processo la rilevanza del *factum probans* si determina diversamente rispetto alla rilevanza del fatto giuridico. Nel contesto processuale l'attenzione va infatti orientata su un distinto profilo di rilevanza, perché è oggetto di prova solo ciò che è rilevante per la decisione del giudice in merito al fatto processualmente controverso. Il referente della rilevanza del fatto inteso come oggetto della prova è allora la decisione³⁹.

La ricostruzione del fatto ai fini della decisione è operazione complessa. Al centro del processo vi è il fatto così come rappresentato dalle allegazioni dei contendenti. La descrizione, e quindi la componente materiale di tale fatto, non è però fissata una volta e per tutte nella fase introduttiva del processo. La dialettica tra le parti disegna, infatti, la curva d'attenzione tracciata sulle circostanze che *prima facie* appaiono verosimilmente rilevanti, ma che solo alla fine lo sono effettivamente nel caso concreto alla luce delle prove ammissibili prodotte dalle parti.

Si è detto che nell'ambito del processo la rilevanza del fatto oltre che giuridica deve essere anche logica. Perciò, il fatto inteso come oggetto della prova non è identificabile *a priori* secondo il canone della sola rilevanza giuridica.

Questa concezione, invero, è propria del modello sillogistico per cui il fatto considerato dalla norma è una delle premesse del ragionamento del giudice. Tuttavia, nella diversa concezione dimostrativa, la fissazione delle premesse non può avvenire in modo astratto ed *a priori*.

In altri termini, tenendo in mente la centralità del fatto controverso, il rapporto tra fatto rappresentato dalle parti e norma non deve essere - e non può essere - soltanto una constatazione⁴⁰. Tale corrispondenza, invece, deve essere ricostruita nel processo alla luce dell'interpretazione della norma in quanto applicabile al caso concreto.

E questo procedimento di selezione del fatto, rilevante ai fini della decisione, non può che muovere dalla descrizione normativa del fatto. Dai

³⁹ TARUFFO, op. ult. Cit. pag 73.

⁴⁰ TARUFFO, op. cit. pag. 77.

connotati cioè con cui l'enunciato normativo marca il fatto giuridicamente rilevante. Ed è chiaro che si tratta di un'analisi ulteriore a quella sulla rilevanza del fatto nel contesto della fattispecie; analisi che specifica la prima e la modella, consentendo di verificare la corrispondenza tra norma e caso concreto.

Non si vuole affermare con ciò il primato dell'equità a discapito del diritto, né si intende sostenere una visione soggettiva della norma tanto da renderla elasticamente modellabile in base alle particolarità del caso concreto. Che se si affermasse ciò si rinnegherebbe non solo quanto fin qui detto in ordine al primato della razionalità sulla persuasione, ma perderebbe ogni senso qualsiasi riferimento alla rilevanza giuridica dei fatti.

Ciò che, invece, si vuol chiarire è la centralità dell'elemento di descrizione del fatto. Si tratta di una questione importante ai fini della comprensione di ciò che costituisce il fatto inteso come oggetto della prova.

Ed invero - ribadendo quanto accennato immediatamente sopra - le norme giuridiche contengono solo enunciazioni circa il fatto materiale, e anche nel processo ciò che si può accertare non è l'esistenza o l'inesistenza di un accadimento materiale quanto, invece, la veridicità o meno di un enunciato che descrive un accadimento materiale.

Questa considerazione, che ai più apparirà scontata, deve fare riflettere: il fatto astratto raccolto nella norma giuridica non è mai identico all'accadimento materiale ed allora la corrispondenza tra norma e fatto nell'ambito del processo deve essere rintracciata al livello della descrizione dei fatti così come contenuta negli enunciati prodotti dalle parti e su cui si costruiscono le ipotesi di giudizio del giudice.

Il problema della sussunzione del fatto alla norma giuridica, che consiste nel ricondurre la descrizione di un fatto empirico specifico entro la fattispecie astratta, deve tenere conto della necessaria *corrispondenza descrittiva* tra *factum probans* e *factum probandum*, laddove però la rilevanza di tali fatti è determinata in base a ciò che è importante ai fini della decisione.

Emerge la centralità del fatto controverso, ma specularmente anche quella del fatto ammesso e del fatto non contestato. Il fatto rilevante per la decisione, infatti, è segnato dal fatto controverso e dalle variabili dello stesso; variabili che possono dipendere anche dai fatti ammessi e da quelli non contestati⁴¹.

Ponendo mente alla funzione descrittiva dell'enunciato normativo e con esso alla funzione descrittiva dell'enunciato probatorio, si avverte come nel contesto processuale, e segnatamente in quello probatorio, la distinzione tra fatto principale e fatto secondario perde centralità. Ed infatti, nonostante che i fatti secondari, diversamente da quelli principali, non siano analiticamente predeterminati, essi in quanto componenti delle circostanze allegare dalle parti possono da sole o unitamente ad altre manifestare un grado di rilevanza logica adeguato ad accertare il fatto principale. In altri termini, posto che il fatto principale è identificato dalla norma in base alla sua capacità descrittiva di un accadimento reale, la componente descrittiva di questo fatto potrebbe esservi anche nel fatto secondario. Ma è chiaro che il fatto secondario è rilevante in quanto il suo referente è il fatto principale⁴².

6. La prova che ha ad oggetto il fatto secondario è anche detta prova indiretta, e si distingue, ovviamente, da quella diretta.

La differenza tra le due formulazioni probatorie starebbe nel diverso oggetto della percezione del giudice. Nel caso della prova diretta il giudice percepisce in modo immediato il fatto che la prova intende dimostrare (es. ispezione), nella la prova indiretta vi è, invece, un distacco tra il fatto che

⁴¹TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, cit. pag. 795.

⁴² TARUFFO, op. ult. cit. pag. 100, afferma che " *l'ipotesi sul fatto principale può funzionare come criterio di selezione. Può accadere cioè che tra le circostanze della situazione ve ne siano alcune che, una volta conosciute o accettate come vere, possono essere impiegate come premesse di inferenze la cui conclusione riguarda l'esistenza o l'inesistenza del fatto principale. La selezione avviene dunque sulla base dell'ipotesi che questo fatti esista, per mezzo dei criteri di formulazione di possibili inferenze. Se essa ha qualche esito positivo, si è individuata una circostanza di fatto che è logicamente rilevante per l'accertamento del fatto principale*".

essa rappresenta e quello da provare. Ne consegue che mentre quando si utilizza la prova diretta il momento della percezione è predominante, nella prova indiretta, invece, la valutazione della prova si regge su percezione e deduzione.

Quest'ultimo elemento gioca un ruolo fondamentale in tema di individualità del giudizio. L'induzione è, infatti, il volano della discrezionalità del giudice di modo che una stessa prova potrebbe portare a conseguenze diverse ove valutata da giudici che applicano processi deduttivi differenti. La distinzione tra prova diretta e prova indiretta, posta nei termini indicati, lascia però perplessi.

A ben vedere, infatti, ogni prova importa l'attivazione di un procedimento logico che conduce da un fatto, che è l'oggetto della valutazione, ad un altro fatto che è quello rilevante ai fini della controversia. Per ogni tipo di prova vale che l'oggetto della percezione non è immediatamente legato al fatto da provare; in conclusione, per ogni prova ci vuole la deduzione logico-razionale.

Perciò, il criterio distintivo più utile sembra essere quello strutturale: prove che hanno ad oggetto un fatto rappresentativo di quello giuridicamente rilevante e prove che hanno ad oggetto un fatto di per sé inidoneo a rappresentare quello che si intende dimostrare⁴³. Non il grado di immediatezza, quindi, ma il grado di rappresentatività del fatto ignoto, costituisce il principale stimolo della deduzione del giudice, oltre che il criterio di distinzione tra i tipi di prova.

In questo modo, però – occorre avvertire – si richiama un diversa classificazione in tema di prova e, segnatamente, quella che distingue la prova rappresentativa da quella critica. La prima è una prova storica perché descrive l'oggetto della prova; la seconda, invece, è prova critica perché esige un grado di inferenza logica ulteriore. Entrambe le specie sono state accolte nella categorie delle prove indirette, distinguendosi l'una

⁴³ CARNELUTTI, *La prova civile* cit. pag. 59 e ss.; *Sistema*, cit. pag. 677-678.

dall'altra per il diverso momento in cui, nel ragionamento del giudice, si inserisce l'utilizzo dei dati di esperienza⁴⁴.

Quanto detto merita una riflessione. Un fatto è rappresentativo quando offerto al giudice gli consente di ricostruire una porzione del fatto oggetto della controversia. Questa rappresentatività può perciò riguardare un elemento costitutivo di tale fattispecie ma può anche riferirsi ad un elemento estintivo o impeditivo. In ogni caso si tratta di un dato che è indirizzato, in maniera più o meno esaustiva, a ricostruire il fatto giuridico che interessa. Il fatto è, invece, non rappresentativo quando non vale in alcun modo ad offrire una ricostruzione empiricamente osservabile del fatto ignoto perché ha ad oggetto un fatto secondario rispetto a quello che si intende dimostrare. Quando la prova non è rappresentativa il momento della percezione si ferma alla conoscenza del dato secondario. Perciò nell'indagine che condurrà al fatto sconosciuto dovrà prevalere il momento della deduzione. Ciò che domina è, quindi, la logica individuale del giudice.

Quanto detto non deve però generare il facile equivoco di ritenere che la prova rappresentativa sia più idonea di quella non rappresentativa a verificare la corrispondenza dell'ipotesi alla realtà. Rispetto a tale questione, ciò che conta è la regola di inferenza che consente di legare il fatto noto a quello ignoto e il suo grado di attendibilità.

Così, ad esempio, la testimonianza di Emilio che racconta di aver visto, alle tre di un sabato mattina, litigare in modo animoso, vicino al bordo della strada, Alfredo e Luca, quest'ultimo poi trovato per terra senza vita e pieno di contusioni, non dice molto di più di quanto possa lasciare intendere il ritrovamento sul ciglio della strada del faro rotto di un'automobile ed a pochi metri dal corpo della vittima; la prima prova è rappresentativa di un evento che possibilmente ha condotto alla morte di Luca, ma il secondo indizio evoca, senza rappresentarlo, un altro fatto anch'esso idoneo a sfociare nella morte di Luca ma più probabile in quel contesto spazio temporale.

⁴⁴ CARNELUTTI, *Sistema*, cit. pag. 684.

Cosicché l'aspetto principale della differenza tra prova rappresentativa e prova non rappresentativa sta nel diverso metodo di ricostruzione del fatto. Quando la prova è rappresentativa è possibile effettuare una ricostruzione storica di quanto è accaduto, quando la prova non è rappresentativa è necessaria una elaborazione argomentativa e critica.

Alla luce delle osservazioni svolte è possibile riconsiderare la distinzione tra prova diretta e prova indiretta. Posto che il metodo di valutazione delle prove dipende dal loro grado di rappresentatività, e che tutte le prove impongono comunque una ricostruzione del fatto ignoto poggiata non solo sulla percezione ma anche, e in modo determinante, sulla deduzione logico-razionale, sembra potersi concludere che, al fine di qualificare una prova come diretta o indiretta, più che l'oggetto della percezione, ciò che conta è quale sia l'esito della deduzione. Se l'inferenza innescata dalla fonte di prova conduce alla verifica del fatto principale, allora la prova sarà diretta diversamente la prova sarà indiretta, occorrendo in questo caso un'ulteriore inferenza verso il fatto principale.

Così – richiamando per un attimo il tema che verrà meglio sviluppato oltre – è prova diretta anche la presunzione *sesi* ammette che mediante essa si giunge direttamente dal fatto noto al fatto ignoto⁴⁵.

⁴⁵ TARUFFO, *La prova dei fatti...* cit. pag 430, l'A. chiarisce perciò che la differenza tra prova diretta e prova indiretta non è strutturale ma funzionale ed epistemologica, di modo che tutte le prove possono essere in questo senso dirette o indirette.

CAPITOLO SECONDO

LA STRUTTURA DELLA PRESUNZIONE: PROVA E PRESUNZIONE

1.Premessa-2.Fatto noto e indizio-2.1 I requisiti del fatto noto e l'efficacia della presunzione-3. Ancora sulla struttura della presunzione semplice -3.1 Peculiarità del procedimento presuntivo -4Le condizioni dell'inferenza-5. conclusioni.

1. Il primo approccio con quanto è dato per presunto richiama alla mente il concetto di supposizione e si arresta al primo stadio della conoscenza, ossia all'intuizione. Ma la realtà presunta non è una realtà intuita o data per scontata; il fatto presunto non è nemmeno un fatto apparente o soltanto verosimile. La presunzione, invece, è il frutto di un'indagine logica ed insieme empirica attuata per svelare una verità sconosciuta che è nascosta da una realtà assorbente.

Nell'indagine sulla struttura della presunzione l'attenzione dell'interprete è senza dubbio attratta dalla considerazione per cui il suo oggetto è un fatto secondario non rappresentativo di quello principale. Con ciò, si rimarca la circostanza per cui la prova presuntiva necessita di uno sforzo di deduzione *ulteriore* rispetto alle altre prove, per giungere al fatto ignoto.

La difficoltà dell'indagine presuntiva è duplice: oltre a stabilire con sufficiente chiarezza razionale quali debbano essere i caratteri dell'oggetto della prova - inteso come obiettivo dell'indagine per ricavare la conoscenza dell'ignoto - e necessario definire lo *status* della conclusione presuntiva; quale intensità debba avere cioè l'inferenza logica che conduce dal noto all'ignoto.

Prendendo le mosse dal dato normativo dell'art. 2727 c.c. è rassicurante concludere - con apparente ed immediata comprensione - che il procedimento presuntivo si sintetizza nella sussunzione del fatto noto allo schema della regola d'esperienza più idonea a legarlo con l'ipotesi di giudizio. Si tratta però di una esemplificazione eccessiva.

Meglio allora procedere con cautela, riprendendo le fila ponendo sullo sfondo l'accezione di prova intesa come procedimento .

Si è già chiarito come la presunzione rientri nella specie delle prove c.d. non rappresentative e come – secondo la nomenclatura classica – questo connotato la classificherebbe ulteriormente nella categoria delle prove indirette in opposizione a quelle dirette.

Tuttavia, coerentemente con quanto anticipato, è preferibile usare la terminologia di prova diretta in un diverso significato. Per intendere cioè l'attitudine dello strumento di prova – e con esso del *factum probans* in potenza – a verificare in maniera completa l'ipotesi di giudizio. La prova diretta è tale perché non necessita del ricorso ad altra prova per verificare la fondatezza dell'affermazione controversa e per confermare l'ipotesi di veridicità della fattispecie dibattuta. Si tratta perciò di una nozione afferente all'efficacia dello strumento probatorio utilizzato. Non convince, infatti, quella impostazione che classifica la prova diretta in considerazione della sua struttura e, segnatamente, del grado di rappresentatività dell'oggetto (prova diretta per antonomasia, sarebbe in questa ricostruzione, l'ispezione).

Con questa avvertenza concettuale si raggiungono due obiettivi: i) ribadire l'importanza centrale delle caratteristiche del fatto noto come oggetto della prova diretta, posto che anche la presunzione, a dispetto della sua non rappresentatività, può condurre alla scoperta completa dell'ignoto; ii) introdurre il *leitmotiv* della presunzione semplice, ossia la questione della graduazione dei suoi effetti probatori nel rapporto con le altre prove.

La nozione di prova diretta, usata nel senso anzidetto, esaltando l'idoneità della prova a costituire da sola la base di giudizio, invita a verificare la differenza che vi è tra la prova presuntiva e la prova meramente indiziaria, e, specularmente a distinguere l'oggetto di quella dall'oggetto di questa..

Così chiariti i termini introduttivi della questione, conviene intraprendere l'analisi sulla struttura della presunzione incominciando dalla presunzione semplice dell'art. 2729 c.c..

Ed invero, l'art. 2727 c.c. si comporta come norma in bianco, limitandosi a descrivere il procedimento presuntivo, senza dire nulla sulle caratteristiche del fatto noto, né sulle modalità dell'inferenza logica sottesa alla conclusione di quel procedimento. A fronte di ciò, l'art. 2729 c.c. è l'unica norma che identifica in modo generale il fatto noto, stabilendone i requisiti, e facendo riferimento all'attività del giudice ed al suo prudente apprezzamento.

2. Il fatto noto è il primo dei due poli dell'inferenza presuntiva.

In linea generale, è nota la posizione fattuale che non necessita di accertamento. Ciò può dipendere dalla circostanza che tale fatto costituisca esso stesso l'origine della questione controversa e, perciò, debba assumersi come necessario da tutti i contendenti (si pensi all'esistenza dell'obbligazione in una controversia che attenga alla inesattezza dell'adempimento; o a quanto indicato nel bilancio di una società ai fini dell'accertamento fiscale del maggior redditoasseritamente non dichiarato);oppure dalla sua mancata contestazione, ed addirittura,dalla sua ammissione; o, più semplicemente, dal fatto che il suo oggetto è già stato accertato. Ancora, è noto il fatto notorio.

Una prima, importantissima, considerazione sul fatto noto,e sulla inferenza presuntiva,è che deve trattarsi di un fatto idoneo ad evocare il contenuto della massima di esperienza a cui si sussume il fatto controverso oggetto dell'accertamento. Questa esigenza non dipende soltanto dalla circostanza che il fatto noto è un fatto secondario ma dalla circostanza per cui è fatto secondario non rappresentativo;essa dipende inoltre, dall'efficacia che si intende riconoscere alla presunzione, che è quella propria della prova diretta - nel senso che si è precedentemente inteso dare a tale nozione -.

Senza dover affrontare subito la questione, va anticipato che la corrispondenza del fatto noto al fatto secondario ha, nella struttura della presunzione, un significato del tutto particolare, diverso da quello tipicodel

contesto della prova rappresentativa. Lo sforzo maggiore sta allora, nel definire i contorni di tale idoneità.

Con specifico riferimento alla presunzione semplice, il fatto noto non deve essere identificato con gli indizi.

Secondo una efficace espressione giurisprudenziale⁴⁶, l'indizio è una circostanza di fatto astrattamente atta a convertire la mera ipotesi in un apprezzamento di possibile verificarsi della stessa.

L'indizio è solo la base da cui muove la costruzione della presunzione; per sorreggerla esso deve essere grave, preciso e concordante. Due di questi requisiti sono di tipo relazionale. La concordanza è, peraltro, doppiamente relazionale perché può riguardare tanto il rapporto tra indizio e conclusione, tanto il rapporto tra indizi distinti.

Come noto, tutti e tre i requisiti sono condizioni di ammissibilità della presunzione semplice.

L'elemento indiziante può essere di ogni tipo.

A causa di tale atipicità, la presunzione semplice pone due problemi di fondo: 1) i rapporti tra fatto noto ed indizio (cui corrisponde il rapporto tra prova presuntiva e prova indiziaria); 2) il grado dei suoi effetti probatori.

Le due questioni sono fortemente legate. Dal significato attribuito all'indizio richiamato dall'art. 2729 c.c. dipende, infatti, il valore che in punto di efficacia probatoria, è dato attribuire alla prova presuntiva.

Secondo una diffusa opinione dottrina, la presunzione semplice deve essere intesa come il prototipo della prova indiziaria, diventando, per questa via, la base teorica per l'ammissibilità della prova atipica⁴⁷.

Non si può tuttavia non rilevare che l'assimilazione tra presunzione semplice e prova indiziaria determina necessariamente un appiattimento degli effetti probatori della prima sul modello dell'indizio.

Per tale ragione, la relazione tra presunzione semplice ed indizio si

⁴⁶SS.UU. Cass. Civ. 21-11-2002, n. 16424, ove si afferma che *"l'indizio non è prova, nemmeno presuntiva, in quanto si esaurisce nella cognizione di un accadimento diverso da quello da dimostrare, in sé non sufficiente per desumere il verificarsi di tale fatto da dimostrare secondo parametri di rilevante probabilità logica"*.

⁴⁷ ANDRIOLI, *Studi sulle prove*, Milano 2008 pag. 120 e ss., CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 162, pag. 269; TARUFFO, *Prove atipiche*, in Riv. dir. Proc., 193, pag. 389.

legastrettamente all'ulteriore questione dei rapporti tra presunzione e prova ed alla possibilità di definire una graduazione di efficacia tra la prova piena e quella indiziaria/presuntiva. Proprio da tale questione conviene prendere le mosse.

Secondo Ramponi, il criterio distintivo tra prova e presunzione starebbe nella diversa natura del rapporto logico tra noto ed ignoto. Si tratta di una distinzione strutturale cui non corrisponde però una differenza in punto di effetti probatori⁴⁸. Differentemente dalle altre prove, le presunzioni si fonderebbero su un rapporto mediato, anziché immediato, tra la fonte della prova ed il fatto controverso. Tutte le prove, comprese le presunzioni, risponderebbero comunque al concetto della probabilità. Ed in ciò starebbe peraltro una differenza estrinseca tra la presunzione semplice e quella legale. Quest'ultime, infatti, nella ricostruzione di Ramponi non implicherebbero necessariamente la probabilità dell'ignoto per il fatto che sia provato il fatto noto, ma, per ragioni di "convivenza civile", la presunzione legale potrebbe reggersi sulla semplice possibilità o probabilità logica.

Si vedrà oltre che, nonostante questa affermazione, R. non giunge ad assimilare presunzione legale e finzione. Ciò che per adesso conta è porre mente al fatto che in base a questa originaria impostazione, le presunzioni semplici non si distinguono in linea di massima - se non per la struttura - dalle altre prove. Tuttavia, R. ammette che essendo l'efficacia della presunzioni semplici del tutto variabile, in alcuni casi la loro funzione potrebbe essere quella di prove sussidiarie, intendendosi con ciò dire che le presunzioni semplici possono servire (valgono soltanto) a rafforzare il risultato probatorio delle altre prove dirette o immediate. E sembrerebbe

⁴⁸ RAMPONI, *Teoria Generale* cit. pag.4, ove l'A. precisa che le presunzioni semplici hanno la stessa forza delle prove dirette, e cioè quella di indurre nell'animo del giudice la certezza morale (è noto che negli sviluppi successivi della dottrina, il conseguimento della certezza morale ha assunto un significato diverso alla luce della distinzione tra verità formale e verità materiale e in considerazione della funzione del processo), pag. 7.

Anche CARNELUTTI, *La prova civile*, cit. pag. 88., critica la distinzione tra prova e presunzione laddove si intenda fondare tale distinzione sul differente certezza conseguibile, posto che ove per certezza si vuole intendere la conoscenza della verità assoluta, "si può dire che non la ottiene alcun mezzo di prova".

trattarsi, in prima battuta, di un'osservazione valida per ogni tipo di prova che, oltre ad una efficace diretta, potrebbe avere, per l'appunto, un'efficacia sussidiaria. Sennonché, nell'accezione utilizzata, il concetto di prova sussidiaria è riferito a quelle presunzioni semplici prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza previsti, invece, ai fini dell'ammissibilità della presunzione stessa. Nell'elaborazione di R. queste presunzioni sarebbero comunque ammissibili ma non potrebbero intendersi come prove "riuscite"⁴⁹.

I requisiti di gravità, precisione e concordanza, non sarebbero perciò afferenti all'ammissibilità della prova ma alla sua efficacia, e quindi alla valutazione del giudice.

Aldilà delle critiche che la dottrina ha subito sollevato contro la differenza fatta da R. tra requisiti di ammissibilità e requisiti di valutazione della presunzione semplice⁵⁰, la considerazione circa le presunzioni semplici "non riuscite" è molto importante, perché costituisce una delle primissime intuizioni (forse la prima con riferimento alla presunzione semplice) su cui costruire la categoria delle prove atipiche; e su cui impostare il tema dell'oggetto della prova indiziaria e della prova presuntiva nella prospettiva degli effetti dimostrativi. Sono prove atipiche quelle che – in base ad una prima accezione - pur in assenza dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge, sono nondimeno utili a sostenere in qualche modo il convincimento del giudice; e sono atipiche le prove che

⁴⁹ RAMPONI, op. cit. Parte terza a pag. 257.

⁵⁰ LESSONA, *Teoria delle prove*. cit. vol. V pag. 312, nega che rispetto alle presunzioni semplici possa distinguersi il momento dell'ammissione con quello della valutazione. Ciò perché, con riferimento alle presunzioni semplici ammettere equivarrebbe a valutare; le presunzioni semplici, infatti, non si costruirebbero nel giudizio ma sarebbero già in esso come risultanti dalle molteplici fonti costituenti il risultato istruttorio. Questa ricostruzione – come meglio si spiegherà nel testo -non è condivisibile perché anche rispetto alle presunzioni un conto è ammetterle tra il materiale istruttorio da valutare e un conto è effettuare quella valutazione. Ciò perché il momento di identificazione del fatto noto è diverso dal momento di riconciliazione di quel fatto noto alla massima di esperienza, il cui contenuto non può essere fissato a priori, al di fuori dell'istruzione probatoria.

hanno una struttura rappresentativa non disciplinata tipicamente dalla legge; infine, sono atipiche anche le prove acquisite in modo atipico⁵¹.

⁵¹ Il problema della legittimità delle prove atipiche nel processo civile è al centro di un articolato dibattito dottrinario. Le soluzioni non sono univoche. Prima di fare cenno alle questioni, occorre chiarire che in dottrina si distinguono le prove tipiche da quelle atipiche in base a due criteri: i) con riferimento alle fonti di prova, considerando atipiche le fonti non previste dall'ordinamento; ii) con riferimento ai modi di introduzione della prova nel processo.

CALAMANDREI, in *La sentenza civile come mezzo di prova*, Riv. Dir. proc. Civ. 1938, pag. 108 e ss., si occupa della questione soltanto in via indiretta ed a pag. 124 lo fa anche con riferimento alla presunzione semplice, chiedendosi se sia ammesso l'utilizzo del giudizio di fatto manifestato in un altro processo alla stregua proprio di presunzione semplice. E seppur *de iure condendo* richiama il principio della libera valutazione del giudice, *de iure condito* ritiene necessario che per fare uso dei giudizi di fatto contenuti nella motivazione di una sentenza occorra una espressa previsione normativa. E vale allora rammentare che il cod. civ. all'art. 310 consente di valutare i giudizi di fatto suddetti quali meri argomenti di prova. CARNELUTTI, nel *Sistema*, cit. pag. 746, 747, chiama innominate tutte le prove non disciplinate espressamente e applica il criterio dell'analogia per individuare nell'art. 1354 c.c. 1865 (attuale art. 2729 c.c.) il criterio di valutazione di quelle prove; sia che si tratti di prove critiche, sia che si tratti di prove storiche. In particolare, l'illustre A. ritiene applicabili per tutte le prove innominate i limiti di ammissibilità dettati dalla disciplina sulla presunzioni semplici.

Fin qui, dunque, i due argomenti a sostegno dell'ammissibilità delle prove atipiche possono denotarsi nel principio della libera valutazione del giudice; nello strumento offerto dall'art. 2729 c.c. Sullo sfondo si colloca l'ulteriore considerazione per cui nel nostro ordinamento non vi è una norma di contenuto negativo che escluda il ricorso alle prove atipiche.

Sull'utilizzabilità dell'art. 1354 c.c. del 1865 come base teorica su cui costruire la legittimità delle prove atipiche, concordavano anche gli Autori più remoti: CONIGLIO, *Le presunzioni...* cit. pag. 235-236; LESSONA, op. cit. vol. I. pag. 12 e vol. V pag. 311; RAMPONI, op. cit. pag. 326 ss.

Nella dottrina più recente, le prese di posizione più nette in favore delle prove atipiche sono di CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962; pagg. 270-271, e di TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, Riv. Dir. proc. 1973, pag. 389 ss. Secondo Taruffo, a favore della legittimità delle prove atipiche militerebbero due dati: i) la mancanza di una norma che escluda il potere del giudice di servirsi di prove atipiche; ii) la presenza nel repertorio dei mezzi di prova dell'indizio, che ha natura intrinsecamente atipica (pag. 393). In questa impostazione il problema delle prove atipiche afferisce al potere del giudice in ordine all'utilizzabilità del potere istruttorio.

In senso diverso da Taruffo, ed in generale contro l'utilità delle prove atipiche, si è schierato CAVALLONE, in *Critica alla teoria delle prove atipiche*, Riv. dir. proc. 1978, pagg. 679 e ss.

L'A. critica l'atipicità dell'indizio sviluppando tre argomenti: i) l'indizio non può che essere acquisito mediante il filtro di prove tipiche, e perciò esso stesso venire in questo modo tipizzato; ii) il procedimento presuntivo, essendo espressamente descritto dalla legge, e tra tutti quello più tipico e perciò non può essere utilizzato per sostenere la legittimità delle prove atipiche; iii) non può essere determinante la circostanza che il fatto noto abbia ha ad oggetto sempre un fatto secondario.

Questo terzo punto - come si vedrà oltre - è importantissimo. Dalla peculiarità dell'oggetto indiziario e dal rapporto con il fatto principale dipende, infatti, la

Il riferimento alle presunzioni “non riuscite”, pur non distinguendo la presunzione semplice dal mero indizio, indubbiamente stimola la riflessione proprio in questa direzione. Ed invero, gli indizi, anche quando siano privi degli attributi di gravità, precisione e concordanti - non valendo ai fini dell’illazione presuntiva- , mantengono comunque la loro forza investigativa, indirizzando la ricerca e speso la valutazione della prova. Le osservazioni di R. perciò, costituiscono un primo importante passo verso una meglio articolata riflessione sulla struttura della presunzione semplice e sulla differenza tra la presunzione e l’indizio che la compone. Tale distinzione è indispensabile per isolare quel particolare tipo d’indizio che, nello schema dell’art. 2727 c.c., è il fatto noto della presunzione semplice⁵², così da focalizzare le sue caratteristiche.

In questo dibattito, è utile lo spunto offerto da Lessona che, riferendosi alla disciplina della confessione stragiudiziale del terzo, nonché alla disciplina della copia degli atti in mancanza dell’originale (rispettivamente art. 1358 e 1338 c.c. del 1865), afferma che l’indizio è mera “prova in potenza”, distinguendola perciò dalla presunzione semplice. Per Lessona, dunque, ‘indizio va distinto dalla presunzione.

E tuttavia, l’attuale disciplina della testimonianza stragiudiziale del terzo e delle copie degli atti giuridici non fa più alcun esplicito riferimento all’indizio. In quelle norme si richiama adesso il libero apprezzamento del giudice. In considerazione di ciò, si è concluso per l’impossibilità di una distinzione tra presunzione ed indizio, negandosi dunque che si tratti di

corretta identificazione del fatto noto, e la corretta descrizione del rapporto tra presunzione semplice e prova indiziaria. La critica di Cavallone è contestata da G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, pag.187, che difende l’atipicità dell’indizio sottolineando la differenza tra prova rappresentativa, o storica, e prova critica. Ma non sembra che Ricci abbia pienamente colto la critica di Cavallone in ordine alla nozione di fatto secondario utilizzata da Taruffo. Invero, pare che Cavallone dubiti, condivisibilmente, che possa essere sostenuta *a priori* la distinzione tra fatti secondari rappresentativi e fatti secondari non rappresentativi di quello principale, escludendo che la non rappresentatività dell’indizio possa da sola giustificare la minore efficacia probatoria.

Tutte queste considerazioni saranno riprese nel testo immediatamente più avanti.

⁵² CHIOVENDA, *Principi*. cit. pag. 853. RAMPONI, op. cit. pag. 48.

realtà diverse e graduabili sul piano dell'intensità del convincimento del giudice⁵³.

A tale riguardo, è noto che secondo un diffuso orientamento interpretativo, le presunzioni – proprio perché assimilabile alla prova indiziaria- avrebbero una forza di convincimento inferiore rispetto alle prove storiche o rappresentative. Nessuna differenza, quindi, tra fatto noto ed indizio. Per fatto noto dovrebbe intendersi, infatti, nient'altro che l'indizio che sta alla base della presunzione⁵⁴.

Nulla da obiettare all'osservazione per cui il fatto noto nient'altro è se non l'indizio che sta alla base del fatto noto. Ma, detto ciò, se non vi è differenza tra l'indizio *tout courte* il fatto noto della presunzione, e sedavvero non vi è alcuna differenza tra la presunzione e la prova indiziaria, che importanza hanno le qualità che l'art. 2729 c.c. esige per il fatto noto?

La presunzione si segnalerebbe soltanto come un particolare tipo di prova indiziaria più grave! Si tratterebbe, in altri termini, di diversi tipi di indizi cui corrisponderebbe una diversa graduazione di efficacia solo latamente probatoria. Su questa base si è ritenuto necessari a la pluralità di presunzioni; esigenza cui sarebbe asservito peraltro il requisito della concordanza

Ed è ancora sull'asserita analogia tra presunzione ed indizio che si è affermato che “anche ammettendo che i requisiti previsti dall'art. 2729 c.c. afferiscano alla presunzione e non all'indizio, una presunzione che ne è priva non cessa di essere tale, degradandosi a mero indizio”⁵⁵.; presunzioni inammissibili ma, nonostante ciò, presunzioni; e, comunque, prove solo indiziarie!

La ricostruzione su riferita non è condivisibile

⁵³ ANDRIOLI, NssDig. voce, *Presunzione*, cit. pag. 771.

⁵⁴ CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in Riv. Trim dir. procciv. 1986 pag. 852; CARNELUTTI, *Sistema*, cit. pag. 717; TARUFFO, *prove atipiche*, cit. pag. 394.

Ed invero, in quel contesto teorico non avrebbe più molta importanza qualificare gli indizi che sorreggono la presunzione semplice. Né svolgerebbe una qualche utilità chiarire che l'indizio costituisce il fatto noto dell'illusione logica presuntiva. Tanto la presunzione semplice quanto la presunzione indiziaria mera –non riuscita - dovrebbero, infatti, essere considerarsi come strumenti indiziari –più o meno gravi - con cui provare allo stesso modo il fatto controverso.

Questa assimilazione tra presunzione ed indizio, per quanto suggestiva, non tiene conto che la presunzione non è l'innescò di una valutazione di esistenza del fatto ignoto, ma è già di per sé un'aprobabile conclusione circa l'esistenza di quel fatto.

Occorre allora considerare che il fatto noto richiamato nella disciplina della presunzione ha necessariamente una essenza del tutto particolare che lo distingue dall'indizio. Esso, infatti, deve essere idoneo a surrogare il fatto principale. Dalla sua presenza deve potersi ricavare quella del fatto ignoto. Si tratta di un fatto diverso da quello che sostituisce l'oggetto del semplice indizio.

2.1 Per affrontare la questione, occorre soffermare l'attenzione sull'atipicità dell'indizio, cui finora si è fatto un breve cenno.

Secondo l'impostazione classica, l'indizio è un fatto autonomo dal principale, la cui funzione probatoria è del tutto accidentale. Un fatto non è di per sé indiziario ma lo diventa perché una regola d'esperienza lo rende logicamente adatto a far dedurre l'esistenza del fatto da provare. Perciò, qualsiasi fatto può costituire indizio.⁵⁶

⁵⁶ CARNELUTTI, *Sistema*, cit. pag. 170 distingue in base a quanto detto ciò che è fonte di prova da ciò che è fonte di presunzione; TARUFFO, *Prove atipiche*, cit. pag. 394, nota n. 14 afferma che «L'atipicità dell'indizio discende dal modo in cui esso opera nel campo probatorio, diverso da quello delle altre prove. Queste, infatti, hanno una determinata efficacia in quanto si riconosce a determinati fatti tipici (dichiarazioni di scienza di un terzo, attestazione della parte...) proprio in virtù delle loro caratteristiche peculiari, l'idoneità a fornire la prova di altri fatti, rilevanti per la decisione. L'indizio, viceversa, non è prova in quanto sia costituito da un fatto definito *a priori*, ma solo in quanto possa servire di premessa per un'inferenza

Ribadendo che nella struttura della presunzione semplice l'indizio viene assimilato al fatto noto, è utile considerare quanto affermato dallo studioso che si è maggiormente impegnato per tracciare la strada del giudizio sul fatto. Nella sua analisi sulla prova atipica, Taruffo analizza l'efficacia della presunzione semplice per farne il parametro di validità della più ampia categoria della prova indiziaria. L'Autore – che assimila presunzione ed indizio – precisa che l'atipicità non riguarda la presunzione in quanto prova – ed il senso del termine prova sembra qui riferito al procedimento probatorio – ma il fatto noto in quanto avente ad oggetto un fatto secondario inteso come fatto non preordinato a provare⁵⁷.

È assolutamente necessario precisare che in questo contesto teorico per fatto secondario si intende l'*accadimento* probatorio; vale a dire il fatto così come tipicamente rappresentato tramite la prova⁵⁸. In questa accezione il fatto si definisce secondario perché non consiste direttamente nell'oggetto della prova ma nella sua enunciazione e dimostrazione così come prevista dallo strumento tipico di prova (es. narrazione nella testimonianza). Si tratta, quindi, di una definizione funzionale di fatto secondario che non attiene direttamente alla semplificazione della fattispecie, ma viene utilizzata per distinguere tra le modalità con cui viene proposto il fatto nella prova atipica e le modalità con cui lo stesso fatto viene ricavato induttivamente nella prova indiziaria (fatto tipico e fatto atipico).

La ricostruzione di Taruffo è stata oggetto delle attenzioni di Cavallone, secondo cui la circostanza che il fatto noto abbia ad oggetto un fatto secondario non può essere determinante per distinguere la prova tipica dalla prova atipica e, specularmente, per attribuire alle due teorizzate *species* una efficacia diversa. E sembra di capire che Cavallone, pur avendo ben chiara l'accezione con cui i sostenitori della prova atipica usano il concetto di fatto secondario, preferisce guardare alla sostanza delle cose,

inerente ad uno dei fatti in causa>> e si tratta di condizione verificabile solo *a posteriori*.

⁵⁷ TARUFFO, *Prove atipiche*, cit. pag. 394..

⁵⁸ CAPPELLETTI, op. cit. pag 340.

facendo emergere come in ogni caso, tutte le prove vertono su un oggetto diverso da quello principale.

L'A. sembra perciò negare l'utilità di questa sottile nozione di fatto secondario ed esclude che la distinzione tra fatto tipico e fatto atipico, così come da ultimo intesa, possa essere determinante. Invero, ogni prova ha ad oggetto l'affermazione o se si vuole una "illustrazione" del fatto principale e, per questo motivo, verte su un fatto secondario. In conclusione, seguendo questo Autore, non sarebbe corretto distinguere prove tipiche e indiziarie in base all'asserita differenza dell'oggetto – tipico o atipico -.

Il vero punto della questione starebbe piuttosto nel distinguere la legittimità della prova dalla sua efficacia.

Ne consegue allora – e l'osservazione è importantissima - che "in presenza di prove non regolate dalla legge, l'interprete non soltanto dovrebbe evitare di attribuire con tanta leggerezza al risultato di quelle prove il crisma del *fatto noto* ai sensi dell'art. 2727 c.c., ma nemmeno dovrebbe accoglierne l'efficacia probatoria, senza prima essersi chiesto, con tutto il rigore e la diffidenza possibili, se davvero esse possano in qualche modo utilizzarsi legittimamente dal giudice"⁵⁹.

L'impostazione di Cavallone è contestata da G.F. Ricci⁶⁰.

Quest'ultimo, nel difendere l'atipicità dell'indizio, e la legittimità delle prove atipiche, sottolinea la differenza tra prova rappresentativa (o storica) e prova critica.

In particolare, rileva che, pur potendosi ammettere che tutte le prove hanno ad oggetto un fatto diverso da quello principale, nelle presunzioni tale diversità dovrebbe essere considerata in modo peculiare, proprio in ragione della matrice indiziaria. Più precisamente, mentre nelle prove storiche la diversità dal fatto principale è data dalla circostanza che esso è rappresentato; nelle presunzioni, invece, l'oggetto della prova è un fatto di tutt'altra natura da quello principale, cui si può giungere per sola induzione, e non per rappresentazione.

⁵⁹ CAVALLONE, op. cit. pagg. 701 ss, pag. 704.

⁶⁰ G.F. RICCI, op. cit. pag. 187.

Da questa differenza deriverebbe: a) la confermata atipicità della prova indiziaria; b) la sua minor efficacia.

La ricostruzione di Ricci, nel richiamare la differenza tra prova rappresentativa e prova storica, è senz'altro suggestiva laddove vuole ricondurre l'attenzione sulla natura non rappresentativa del fatto indiziario; e con ciò sulla natura non rappresentativa del fatto noto, per dimostrare la peculiarità della prova indiziaria. Si tratta però di una contestazione non risolutiva. Invero, tutte le riflessioni richiamate sono stimulate dalla stessa preoccupazione che è quella di impostare su basi razionali l'utilizzo della prova indiziaria; nel porre tale problema però si sfiora una consapevolezza latente: quando si esige il rigore dell'indizio si oltrepassa il confine della prova indiziaria e si approda al fatto noto della presunzione.

Ed invero, mentre da un lato la dottrina che accoglie la legittimità della prova atipica, appoggiandosi sulla prova presuntiva, ammonisce sulla necessità di una forte verifica di attendibilità del ragionamento presuntivo⁶¹; quella che critica, invece, le prove atipiche, si sofferma sulla necessità di valutare la legittimità dell'utilizzo dei fatti secondari prima ancora di qualificarli come fatto noto; così antepoendo – senza però escluderla - questa valutazione di legittimità alla problematica sugli effetti della prova presuntiva⁶².

Alla fine, però, tutti gli autori citati, avvertono la medesima esigenza: che il fatto secondario indicato dal fatto noto abbia un valore aggiunto rispetto al fatto secondario; in particolare, che il fatto secondario cui si riferisce il fatto noto sia connotato in modo specifico rispetto agli altri fatti secondari che possono esser oggetto di una qualsiasi diversa prova.

Non è sufficiente che dalla presenza del fatto noto possa desumersi per ricostruzione rappresentativa, o soltanto induttiva, il fatto principale, ma è necessario poter affermare che quando vi è quel fatto secondario, con elevata probabilità razionale vi sia anche il fatto principale. Il fatto secondario deve essere un'appendice strutturale di quello principale

⁶¹ TARUFFO, op. ult. cit. pag. 402.

⁶² CAVALLONE, op. cit. pag. 707.

Ed ecco il nocciolo della questione. si deve trattare di un fatto secondario che è generalmente sotteso dal fatto principale, in considerazione della sua rilevanza sostanziale tra gli elementi della fattispecie; non basta, invece, che sia un fatto secondario solo rappresentativamente idoneo a far apprezzare la presenza anche del fatto ignoto.

Il fatto noto considerato dalla disciplina della presunzione deve riferirsi alla stessa realtà giuridica cui appartiene il fatto principale; non è sufficiente, quindi, la semplice idoneità a descrivere per deduzione successiva la probabile presenza empirica di quel fatto.

Riportando la questione al rapporto tra indizio e presunzione, mentre l'indizio generalmente inteso può essere atipico, il fatto noto della presunzione semplice, invece, non lo è affatto. Ciò che conta del fatto noto è la sua capacità di rappresentare seppur indirettamente lo stesso centro giuridico di interesse coinvolto dal fatto principale.

Non è così per il mero indizio.

Per fare un veloce esempio che verrà sviluppato meglio più avanti, il fatto che vi sia un intenso via vai di gente dai locali di una caffetteria non è necessariamente indicativo della vendita di caffè; diversamente, il fatto che il magazzino del bar sia privo di rimanenze di caffè può essere utile ad affermare che il barista ha utilizzato tutte le riserve ed ha veduto tanti caffè. A fronte di un reddito dichiarato dal barista pari a zero, entrambi i fatti considerati possono considerarsi secondari rispetto al fatto principale che è la preparazione e la vendita di caffè; ma soltanto il fatto secondario considerato per ultimo ha un rilievo oltre che rappresentativo anche commercialmente rilevante. In altri termini, soltanto il secondo fatto secondario è un indizio grave; e lo è perché afferisce alla stessa sfera di interesse del fatto principale, vale a dire – nell'esempio fatto – la potenzialità commerciale della caffetteria.

Nel trattare delle caratteristiche del fatto noto si vedrà che questa logica è quella usata dal legislatore. Per adesso, è sufficiente poter affermare che l'indizio grave considerato dall'art. 2729 c.c. è cosa diversa dall'indizio generalmente inteso quale fondamento della prova indiziaria.

Può ritenersi condivisibile quanto è stato affermato da Coniglio, e cioè che l'indizio è un singolo elemento logico che rappresenta un fondamento di prova in rapporto indiretto con l'assunto di prova; la presunzione è invece il risultato della valutazione di prova, cioè l'argomentazione indiretta che costituisce il giudizio del caso specifico. Gli indizi che danno fondamento alla presunzione *hominis* sono diversi da quelli che, generalmente intesi, servono alla valutazione od al sostegno di un qualsiasi mezzo di prova. Essi sono indizi che si evolvono in fatto noto.

3. Per descrivere il procedimento di verifica d'idoneità del fatto noto, è utile rammentare lo svolgimento in cui – secondo la ricostruzione classica - si articola il normale procedimento probatorio quando si ricorre alla prova c.d. rappresentativa.

Nel caso in cui la prova consenta di percepire in modo immediato un elemento essenziale della fattispecie, o addirittura tutti gli elementi che la compongono, è sufficiente fermarsi alla constatazione del percepito; non occorre una elaborazione logica di estrapolazione del risultato probatorio.

In tutte le altre ipotesi, quando l'oggetto della prova non consente la percezione della fattispecie che deve perciò essere mediata da un fatto secondario rappresentativo, si fa uso o per lo meno così è stato nella dottrina classica - del modello logico deduttivo.

In questo sistema logico, la situazione controversa viene accertata mediante un procedimento di estrapolazione che muove dai fatti particolare per raggiungere una regola generale⁶³.

Nella ricostruzione classica, il procedimento deduttivo è stato preferito a quello induttivo per due ragioni. Innanzitutto, il diverso procedimento induttivo, muovendo dal particolare al generale, presuppone che la base particolare del giudizio sia talmente nota da poter esprimere, in base ad un processo di astrazione intellettuale, le qualità essenziali del fatto ignoto in

⁶³ Per una critica del procedimento logico del giudice mediante il ricorso a regole generali, TARUFFO, *Il giudice e lo storico*, in Riv. dir. Proc. 1967, pag. 438 ss, ed in particolare, pag. 443, 454 – 455.

modo talmente preciso da garantire una corrispondenza certa con il criterio generale. Ma la base di valutazione non è mai sufficientemente nota.

In secondo luogo, il procedimento deduttivo può giovare della elaborazione sillogistica, che esalta gli elementi di congiunzione tra l'oggetto della prova non rappresentativa e la regola di esperienza. Mediante il congegno sillogistico, posta l'enunciazione del fatto secondario x, si può isolare, da quell'enunciato, un termine intermedio che costituisce il punto di contatto tra il soggetto dell'enunciato particolare ed il predicato della massima d'esperienza ad estensione universale. Grazie a questo collegamento sillogistico, la regola di esperienza può essere applicata all'enunciato particolare con sufficiente attendibilità logica. È necessario però che il termine intermedio esprima una caratteristica significativa ed specificante della proposizione particolare.

Valga un esempio semplice:

- i)** i giocatori – esultano (enunciato particolare);
- ii)** esultano - i vittoriosi (regola generale);
- iii)** i giocatori - sono vittoriosi (sintesi).

In questo semplice sillogismo dialettico, il termine intermedio è “esultano”, che è predicato della premessa minore e soggetto della maggiore, oltre che, infine, nuovamente predicato della conclusione logica. La conclusione del sillogismo dialettico però non è assoluta. Può essere smentita dal fatto che il termine intermedio utilizzato (esultano) non appare sufficientemente indicativo della realtà ignota che si vuole dimostrare mediante la conclusione: anche i “ripescati”, infatti, esultano. Diverso sarebbe stato se per termine intermedio si fosse utilizzato un elemento differente come ad esempio “alzano il trofeo”:

- i)** i giocatori – alzano il trofeo;
- ii)** alzano il trofeo - i vittoriosi;
- iii)** i giocatori - sono vittoriosi⁶⁴.

⁶⁴ Non è utile in questa sede, se non per completezza, rilevare che nell'esempio fatto il sillogismo iniziale sarebbe stato inconfutabile e, quindi, apodittico, se si fosse utilizzato come termine intermedio “vittoriosi” cambiando anche le premesse: i vittoriosi –esultano; i giocatori – sono vittoriosi; i giocatori – esulteranno. E si tratta di

Quanto osservato vale a chiarire come, già nel procedimento deduttivo per prove rappresentative, sia importante la scelta del fatto noto, e di quanto sia altrettanto importante la scelta della regola di esperienza.

In questo procedimento, le due premesse sono certamente rappresentative del fatto dimostrato nella conclusione. Premessa minore e premessa maggiore convergono in una comune sfera di rappresentatività. La ricostruzione del fatto così eseguita è empiricamente dimostrata e pienamente percepibile perché il termine intermedio, come già detto, si compone sia di elementi rappresentati in premessa minore che di elementi indicati in premessa maggiore; e soprattutto esprime una comune esperienza: la vittoria.

La ricostruzione del procedimento probatorio come sillogismo- è già stato detto—ha sollevato critiche a causa della difficile identificazione di massime di esperienza a contenuto rigido ed assolutamente affidabile. Più a monte, lo stesso procedimento di ricostruzione deduttiva ha sollevato i dubbi della dottrina moderna che ritiene, invece, maggiormente adatto il procedimento induttivo⁶⁵.

un procedimento logico che muove da premesse certe e già verificate, dalle quali è possibile giungere a conclusioni assolutamente certe.

⁶⁵Riguardo alle regole di esperienza (secondo elemento dell'inferenza presuntiva) si sa che esse possono essere di due tipi: quelle che scaturiscono dalla conoscenza empirica e dimostrabile di una realtà percepibile con i sensi e dotate di scientificità; quelle che affondano le proprie basi nella probabilità, intesa come frequenza di un avvenimento verificatosi nel passato. In tal senso, le regole di esperienza sono state definite come *tutte quelle nozioni generali, acquisite attraverso l'esperienza delle cose, mediante le quali è possibile considerare un dato fatto, di cui si è avuta la conoscenza, come argomento o indizio della realtà di un altro fatto* (Calogero). Tale regola può essere più o meno precisa ed il fatto che a volte essa sia elastica non comporta necessariamente l'irrazionalità dell'inferenza logica che da essa prende le mosse. La massima d'esperienza deve avere però portata generale; ciò dipende dal fatto che il suo fine è quello di fissare un giudizio giuridico che in quanto tale deve costituire applicazione di una norma generale e astratta. Se non fosse soddisfatta questa condizione non sarebbe possibile la successiva fase di sussunzione del fatto nella fattispecie giuridica. La premessa maggiore deve perciò consistere in una regola di esperienza suscettibile di una qualificazione di tipo normativo.

Ciò posto, si è autorevolmente sostenuto (TARUFFO, op. ult. cit. pag. 453) che nel giudizio sul fatto, deve escludersi il ricorso a leggi di carattere universale, e che sarebbe da escludere anche che il procedimento che consente di congiungere fatti noti a quelli ignoti sia di tipo deduttivo. Dovrebbe escludersi anche il ricorso alla

3.1. Ciò detto, va a questo punto chiarito che nell'argomentazione presuntiva, la premessa maggiore non deve semplicemente "corrispondere" ai fatti enunciati – che nella prova rappresentativa costituiscono la premessa minore - ma deve attrarli.

L'inidoneità del fatto noto a rappresentare il fatto ignoto impone, infatti, un procedimento logico diverso da quello che, nell'ordinario sillogismo probatorio – o nel più moderato procedimento induttivo - conduce ad accertare la corrispondenza tra il fatto offerto al giudice e l'ipotesi di giudizio.

Occorre considerare, infatti, che se il fatto noto non è rappresentativo del fatto controverso, il giudice non potrà muovere da esso per indirizzare la sua indagine e formulare una ipotesi di giudizio.

Quando si procede per presunzioni non vi è l'allegazione di elementi costitutivi della pretesa ma solo di elementi che la evocano come probabile.

L'unico dato suscettibile di rappresentazione offerto al giudice è dunque la questione controversa che emerge, nella sua natura di fatto complesso, dalle affermazioni e dalle contestazioni dei litiganti. Da essa bisogna muovere, quindi, per formulare l'ipotesi di giudizio; ma per verificarne la probabilità dell'ipotesi, questa volta non sarà possibile andare alla ricerca di una qualche corrispondenza tra i fatti allegati ed una regola generale.

logica induttiva. Invero, il giudizio sul fatto si articolerebbe su di un procedimento logico che si compie passando da una proposizione particolare ad un'altra proposizione particolare, ed attribuendo alla seconda un determinato grado di conferma logica sulla base della prima. In questo modello *non si trovano più due tipi di premesse, leggi generali e condizioni particolari, ma premesse il cui peso è soltanto quantitativamente diverso* (pag. 455).

Nello stesso senso CAVALLOE, op. cit. pag. 708 -709; G.F. RICCI, op. cit. pag. 181, nota n. 186.

A fronte della questione controversa, infatti, anche se si dovesse rintracciare una massima d'esperienza utile a risolvere la contesa, ci si dovrebbe arrestare di fronte all'assenza di una qualche congiunzione rappresentativa tra quella massima ed i fatti allegati. Ed invero, manca in questo caso un termine di congiunzione tra termini considerati.

Ne consegue che, posta la questione controversa la scelta della massima di esperienza sarà *prima facie* soltanto ipotetica, fungendo da criterio di selezione dell'ipotesi di giudizio. La regola generale, infatti, offrirà il primo schema di soluzione su cui orientare la scelta degli elementi di indagine. Si tratta di una funzione *prima facie* la cui importanza si apprezza soprattutto nel panorama della ricostruzione mediante presunzioni. Funzione *prima facie* della massima di esperienza che – occorre avvertire – non serve in questa sede a sostenere nel nostro ordinamento l'esistenza della prova *prima facie*, ma soltanto a descrivere analiticamente la struttura e l'elaborazione del convincimento del giudice in base alle presunzioni semplici⁶⁶.

Sarà la regola d'esperienza prescelta, infatti, ad orientare il giudice nella giusta considerazione degli indizi offerti dagli atti istruttori; e sarà sempre la regola di esperienza adattabile alla situazione controversa, ad indirizzare il giudice nella “prima” valutazione dell'indizio presuntivo che, se grave e preciso, si evolverà in fatto noto.

⁶⁶ La prova *prima facie* è un istituto di matrice tedesca (*Anscheinsbeweis*) e si inquadra nel contesto della valutazione delle prove, producendo l'effetto di abbassare il grado di probabilità in quei settori in cui le fattispecie presentano un elevato grado di tipicità in base alla normale esperienza. La prova *prima facie* si accontenta di un elevato grado di verosimiglianza, perciò, nella tradizione italiana, fedele alla regola dell'onere della prova quale regola di giudizio destinata a trovare applicazione quando le parti non offrono al giudice gli elementi per la certezza processuale, l'istituto in esame non ha trovato larghi consensi. In dottrina si è osservato che la teoria della prova *prima facie* ha punti di contatto con la teoria scandinava della prova prevalente (*Überwiegensprinzip*). Per riferimenti: DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in Riv. Dir. proc., 1972, pag. 431; in senso critico: MICHELI, *L'onere...* cit. pag. 204; PATTI, *Le prove*, cit. pag. 231 e ss. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1992, pag. 740 e ss.

Ed è chiaro che la conclusione costruita sulla connessione logica tra fatti allegati e massima di esperienza non potrà avere nulla da spartire con il procedimento di tipo deduttivo – sillogistico.

Tornando all'esempio utilizzato sopra, il procedimento logico, in assenza di termine di congiunzione, sarà il seguente:

i) i giocatori vittoriosi – alzano il trofeo;

ii) ma alzano il trofeo;

iii) quindi, sono giocatori vittoriosi.

E' evidente che si è in presenza di un sillogismo c.d. anapodittico, inidoneo a sostenere una conclusione attendibile. Che si tratti di giocatori, infatti, è indimostrato.

Il giudice dunque, dovrà faticare di più, verificando i requisiti di compatibilità tra il fatto noto ed il quadro descritto dalla premessa maggiore scelta in considerazione dell'ipotesi di giudizio, dovrà ulteriormente analizzarne la compatibilità nel caso concreto. Ciò per escludere eventuali elementi di conflitto.

Tale procedimento dovrà essere ulteriormente integrato e corretto in una “seconda” fase di valutazione, mediante la c.d. logica dell'esclusione.

Il fatto noto non rappresentativo, sarà utile per la ricostruzione del fatto ignoto se varrà a delineare uno spazio di applicabilità della regola di esperienza scelta dal giudice in considerazione del fatto controverso.

Può dunque esprimersi un giudizio positivo d'idoneità del fatto noto quando su di esso può essere modellata la massima di esperienza che del fatto ignoto è una ricostruzione ipotetica. Consiste in tale applicabilità della massima di esperienza al fatto noto l'idoneità di questo a provare quanto la massima rappresenta. Si tratta di una induzione implicita, in virtù della quale, in assenza di prove rappresentative, è possibile comunque verificare la corrispondenza di una ipotesi alla realtà.

Il dato merita di essere ribadito: nella presunzione si verifica l'attrazione del fatto noto dentro una massima d'esperienza; nel normale sillogismo probatorio si verifica la corrispondenza tra i fatti allegati negli

enunciati dei litiganti e quelli considerati da una regola generale (a propria volta descrittiva della regola giuridica).

La differenza non è solo teorica ma, nella sua epistemologia, è soprattutto pratica, perché un conto è accertare un rapporto di corrispondenza tra due premesse, altra cosa è valutare l'applicabilità della regola di esperienza generale all'enunciato particolare che contiene il fatto noto.

Se il testimone Caio riferisce che l'autovettura rossa che ha tamponato quella blu la inseguiva a brevissima distanza, si potrà concludere, per deduzione rappresentativa, che l'autista dell'auto rossa è responsabile del tamponamento, Ed infatti:

- i)** l'auto rossa che seguiva a breve distanza quella blu - l'ha tamponata;
- ii)** può causare il tamponamento - chi non si rispetta la distanza di sicurezza;
- iii)** chi era alla guida dell'auto rossa - ha probabilmente causato il tamponamento.

Ma in assenza della testimonianza di Caio, la dinamica del tamponamento potrebbe ritenersi ricostruibile alla luce dei segni sull'asfalto lasciati dalla brusca frenata dell'auto rossa; segni che non sono immediatamente rappresentativi della condotta negligente dell'autista.

Procedendo a regola d'esperienza immutata ("può causare il tamponamento chi non rispetta la distanza di sicurezza") cambierà la struttura della ricostruzione logica. In questo caso, infatti, non vi è un enunciato descrittivo che indichi un termine di collegamento con la massima d'esperienza.

Tuttavia si potrebbe ragionevolmente concludere in modo verosimile che:

- i)** siccome la distanza di sicurezza serve a garantire un tempo di frenata idonea a scongiurare il tamponamento...
- ii)** ...se la frenata è breve, vuol dire che non è stata rispettata la distanza di sicurezza.

Si tratta dell'applicazione della massima d'esperienza ad un enunciato che non descrive la sua stessa realtà, ma la sottende.

La correttezza del ragionamento dipenderà – nell'esempio svolto – dal giudizio sulla idoneità o meno della circostanza considerata - lo spazio di frenata indicato dai segni lasciati sull'asfalto – a costituire ragionevolmente un elemento sott'inteso, in modo essenziale, dalla struttura della regola di esperienza. E vale allora tener conto che se la lunghezza dello spazio di frenata è un fatto noto idoneo all'applicazione di quella regola generale, è necessario nondimeno verificare ulteriormente se i segni lasciati sull'asfalto costituiscano in maniera univoca un indizio dello spazio di frenata; e, appurato ciò, se non vi siano circostanze particolari che giustifichino la brevità di quello spazio. In questa fase si attuerà la tecnica dell'esclusione, valutando altre circostanze (tipo di asfalto, peso dell'autoveicolo...)

All'esito del procedimento, per ritenere soddisfatta la prova presuntiva, è necessario poter affermare che il fatto noto utilizzato, nel caso concreto, costituisce un'appendice strutturale variabile della fattispecie che si intende ricostruire. E siccome la prima soluzione della fattispecie controversa è fornita da una massima di esperienza scelta *prima facie* in considerazione proprio di quella questione controversa, l'indizio scelto per fungere da fatto noto deve essere sotteso a monte dalla regola d'esperienza prescelta. Perciò, la regola d'esperienza è criterio di prima selezione/prima valutazione degli indizi utili a fungere da fatto noto.

Vale a questo punto rilevare come le critiche mosse alla ricostruzione sillogistica e, più in generale, alla fiducia riposta dalla dottrina classica nelle regole di esperienza, non sembrano molto pertinenti nel sistema logico presuntivo. Nell'indagine per presunzioni, infatti, non si applica una ricostruzione deduttiva mediante sillogismo quanto, piuttosto, una ricostruzione induttiva. La funzione delle regole di esperienza, inoltre, è quella di esemplificare i confini dell'ipotesi di giudizio, e non quella di ricostruire il fatto⁶⁷.

⁶⁷Il concetto ha un corrispondente anche nella ricostruzione del nesso di causalità da parte degli studiosi di diritto penale nella teoria generale del reato. E' noto che secondo la tesi della *condicio sine qua non*, un fatto è valido antecedente causale di un dato evento quando, in base ad un rapporto di successione regolare, può essere

La regola d'esperienza scelta in considerazione della questione controversa come primo criteri di soluzione e, quindi, come possibile ipotesi di giudizio, deve essere confermata nella sua applicabilità dalle caratteristiche del fatto noto. L'aspetto più sensibile dell'argomentazione presuntiva sta perciò non solo - e ancora una volta - nella corretta scelta dell'ipotesi ma nella esatta qualificazione dei requisiti del fatto noto che devono confermare quella ipotesi.

Questa descrizione del procedimento presuntivo offre la conferma di quanto suddetto in ordine alla differenza tra fatto noto ed indizio.

Il fatto noto è un fatto giuridicamente rilevante nel contesto processuale perché esprime, quale fatto secondario, il fatto tipico rilevante sotto il profilo sostanziale; esso costituisce espressione dell'estensione elastica del fatto tipico. Siccome la rilevanza processuale del fatto secondario che funge da fatto noto, è legata alla rilevanza sostanziale del fatto tipico da un nesso oggettivamente apprezzabile, il fatto noto si distingue dall'indizio che, invece, ha una rilevanza meramente accidentale. In questo senso si è affermato sopra che mentre l'indizio è sempre atipico, il fatto noto non lo è. La rilevanza del fatto noto sta nella connessione del fatto secondario in esso rappresentato con il fatto tipico sostanzialmente rilevante. Questa

annoverato, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento, tra quei fatti che sono generalmente idonei a produrlo. Per evitare una applicazioni eccessive e poco pertinenti della causalità condizionalistica, la giurisprudenza, seguendo le indicazioni del secondo comma dell'art. 41 del c.p., applica il criterio dell'attuazione al caso concreto. La causalità condizionalistica e così temperata dal criterio della causalità efficiente. Ovviamente il giudizio di causalità non attiene in senso stretto al problema della prova, ma piuttosto alla struttura di un evento, indicando però i criteri di valutazione che devono guidare l'indagine sul nesso eziologico. La logica probabilistica della causalità si adatta bene alla problematica dell'idoneità del fatto noto. Così come la condotta, infatti, esprime l'idoneità all'evento, il fatto noto *esprime* quello ignoto.

Il fatto ignoto, in buona sostanza, non si limita a dimostrare l'esistenza del fatto ignoto ma ne costituisce una probabile appendice strutturale.

Perciò, è possibile mutuare la regola della causalità adeguata nell'ambito della conoscenza presuntiva. Un dato fatto noto è idoneo a far conseguire la conoscenza di un' altro fatto ignoto quando, in base ad un relazione logica ripetibile, può essere annoverato tra quei fatti la cui esistenza, in base alla migliore scienza ed esperienza del momento, sottende, generalmente, l'esistenza del fatto ignoto stesso.

rilevanza è sintetizzata dalla gravità, dalla precisione e dalla concordanza richiesta dall'art. 2729 c.c.

Muovendo da questa riflessione, si comprende come sia possibile che un determinato fatto possa fungere da indizio e non anche da fatto noto.

Nell'esempio fatto, una volta ammesso come indizio utile il segno della frenata sull'asfalto, se ne deve nondimeno escluderne l'efficacia presuntiva. Efficacia che potrebbe riconoscersi, invece, all'indizio, invero, più grave e preciso dell'assenza di ogni segno di frenata (si concluderebbe che l'autovettura seguiva talmente da vicino quella che la precedeva da rendersi impossibile ogni tentativo di salvezza dalla collisione).

Il fatto noto, dunque, deve essere coerente con la questione controversa che si è vista essere il centro dell'argomentazione; deve essere inoltre idoneo ad assorbire lo stesso **centro di interesse giuridico** considerato dalla massima di esperienza. Nell'esempio fatto, l'assenza di ogni segno di frenata sull'asfalto sono idonei ad esprimere la condotta dell'automobilista, analogamente alla regola d'esperienza considerata. La massima per cui "può causare il tamponamento chi non rispetta la distanza di sicurezza", infatti, è un utile criterio d'identificazione astratto della responsabilità automobilistica. Inoltre, si tratta di una regola d'esperienza adeguata per configurare il centro giuridico d'interesse della questione controversa afferente al rispetto delle regole di condotta da parte dell'automobilista (asseritamente responsabile del tamponamento).

Il fatto noto, dunque, deve celare in sé lo stesso valore giuridico considerato dalla massima di esperienza.

La regola d'inferenza è sintetizzata nel centro di interesse giuridico e la sua applicabilità non è indipendente dalle caratteristiche del fatto noto. Tanto più questo sarà induttivamente legato in modo univoco alla massima di esperienza e il nesso di consequenzialità tra le due premesse sarà univoco, tanto più la presunzione sarà fondata.

Da ciò la necessità di introdurre una logica dell'esclusione finalizzata ad evitare l'errore inferenziale. In particolare è necessario conoscere i rischi

che può produrre il ricorso a mere petizione di principio la cui struttura poggia sull'equivoco di dare per dimostrato proprio ciò che si intende dimostrare⁶⁸.

4. Dopo aver soffermato l'attenzione sulla struttura del procedimento di ricostruzione presuntiva e sulla funzione del fatto noto, è possibile concentrare adesso il sguardo sulle caratteristiche di quest'ultimo, nonché, più in generale, sulle condizioni dell'inferenza presuntiva.

L'art. 2729 c.c. recita *“Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.*

Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni”.

Si rende opportuno segnalare una diffusa interpretazione in base alla quale, non sarebbe previsto per le presunzioni un giudizio preliminare di ammissibilità e rilevanza del mezzo di prova coincidendo esso con la valutazione della prova presuntiva⁶⁹. Secondo questa impostazione, allorché il giudice prende in considerazione gli elementi allegati per verificare la configurabilità di una presunzione, nel contempo tiene conto di tutte le altre circostanze di modo che il momento della presunzione coinciderebbe con la valutazione complessiva dei fatti.

L'“ammissione” della prova presuntiva coinciderebbe perciò con lo “svolgimento” della prova presuntiva e, quindi, con la valutazione del risultato probatorio con essa conseguibile.

In questo contesto, l'analisi dei requisiti indicati dall'art. 2729 c.c. non è stata particolarmente approfondita. La dottrina si è per lo più occupata – seguendo i ciò le preoccupazioni della giurisprudenza – del nesso che deve intercorrere tra il fatto noto e quello ignoto, oscillando tra il grado della certezza/necessità e quello della probabilità/equivocità. Si è così sostenuto

⁶⁸GIULIANI: *Il concetto di prova, contributo alla logica giuridica*. Milano-1961.

⁶⁹PATTI, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, sub art, 2729, pag, 134; TARUFFO, *Presunzioni*, in *Commentario Cendon*, sub art. 2729, pag 213.

che i pretesi caratteri della gravità, precisione e concordanza, sarebbero finalizzati soltanto a scongiurare l'inaccettabile utilizzo delle presunzioni di secondo grado in cui si pretenda di trarre un'inferenza da un'altra⁷⁰. Si tratta di un'impostazione coerente con la già criticata assimilazione tra presunzione ed indizio e che non distingue adeguatamente i requisiti richiesti dalla norma. L'unica preoccupazione che emerge in questa ricostruzione riguarda l'esigenza che il grado di probabilità della conclusione inerente il fatto ignoto sia razionalmente adeguato. E si tratta certamente di una preoccupazione condivisibile; tuttavia se si condivide quanto fin qui argomentato in ordine al procedimento induttivo della presunzione, ed ai requisiti che in generale deve avere il fatto noto nella sua relazione con la questione controversa, non si può snobbare importante assistinterpretativo e sistematico offerto dai requisiti di gravità, precisione e concordanza in punto di caratteristiche del fatto noto.

Nella ricostruzione interpretativa che si propone, i requisiti di gravità e la precisione riguardano le caratteristiche interne dell'indizio e la sua capacità di evocare una certa conclusione; la concordanza attiene, invece, allo *status* logico e gnoseologico della conclusione stessa⁷¹.

Conseguentemente, si ritiene esatto distinguere il momento della scelta attraverso cui il giudice seleziona ed ammette gli indizi che possono costituire il fatto noto presuntivo, perché gravi e precisi, dal momento in cui il giudice, valutando complessivamente le prove, ritiene raggiunta la dimostrazione presuntiva.

Il giudizio di ammissibilità nella ricostruzione che si intende qui prescegliere, è riferito all'indiziosi cui si fonda il fatto noto ed investe i suoi requisiti. Il giudice può legittimamente ritenere la prova presuntiva quando la conclusione inferenziale si basi su indizi gravi e precisi che giungono a conclusioni concordanti; ossia univoche.

⁷⁰ ANDRIOLI, *Nuovissimo Digesto*, voce *Presunzione*, pag. 771; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit. pag. 308.

⁷¹ TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro. It.* 1974, parte V, pag.83 ss.

Il fatto noto è tale ai fini della presunzione quando l'indizio è preciso; quando cioè può essere identificato con certezza. Non si tratta di un requisito che necessiti di un approfondimento particolare. La precisione o l'imprecisione dell'indizio, nel senso suddetto, sta, infatti, nell'evidenza delle cose: o c'è o non c'è. Valga però rilevare che la diffusa e condivisibile espulsione dal nostro ordinamento della *preumptio depressumpto* è argomentabile proprio dal requisito in questione.

Maggiore attenzione merita il requisito della gravità. Seguendo il solco tracciato fino ad'ora, si ritiene di dover assegnare la dote della gravità a quegli indizi che riescono a far evocare gli elementi essenziali della questione controversa. L'indizio è grave quando segna una caratteristica implicita del fatto ignoto; quando esprime un attributo di regola sotteso dalla vicenda controversa; quando vale a surrogare un elemento determinante ai fini dell'esistenza del fatto ignoto. In altri termini un indizio è grave quando la sua presenza può indicare la contestuale esistenza del fatto contestato.

La gravità è il requisito che più degli altri due è lasciato alla prudenza del giudice. La gravità è valutata secondo il grado di razionalità attribuibile alla possibilità di coesistenza tra l'indizio ed il fatto ignoto. Non riguarda, invece, il grado di probabilità della conclusione; quest'ultimo – come si dirà subito – è verificato, invece, in base all'ulteriore requisito della concordanza.

Ma prima di procedere in questo senso, conviene richiamare qualche esempio di indizio grave, ponendo mente ad alcune ipotesi di c.d. presunzioni giurisprudenziali. Con tale espressione ci si riferisce a quelle inferenze presuntive che collocano tra le presunzioni semplici e quelle legali: non hanno una base legislativa e non servono - così come esplicate nelle motivazioni delle sentenze – al convincimento del giudice; la loro funzione sarebbe piuttosto quella di articolare in modo atipico la ripartizione del carico probatorio⁷². Tuttavia, anche coloro che teorizzano l'utilizzo dello strumento presuntivo ai fini della modulazione per via

⁷² VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in For.It. 1971, parte V, pag. 177, 180, 186.

giurisprudenziale del carico probatorio, non possono tacere che il ricorso all'inferenza presuntiva da parte del giudice, anche quando motivata da esigenze connesse al riparto del carico della prova, vi è la commistione di elementi che attengono alla valutazione delle prove⁷³.

Si consideri la massima, costante in giurisprudenza, secondo cui: deve presumersi fraudolento il licenziamento qualora sia seguito da una immediata riassunzione, con le stesse mansioni e con identiche modalità lavorative, dato che è ragionevole ritenere che il precedente rapporto sia rimasto integro ed immutato, malgrado l'apparente volontà di risolverlo; trattasi però di una presunzione semplice che può essere vinta dalla presunzione contraria, incumbente sul datore di lavoro, il quale deve dimostrare che il licenziamento e la riassunzione sono stati determinati da cause obiettive e da giustificate esigenze aziendali⁷⁴.

In questo caso, prima ancora dell'elevata probabilità di frode, la gravità riguarda l'essenza stessa della condotta fraudolenta, vale a dire il movente, la causa, la ragione del licenziamento. La contestualità tra licenziamento e riassunzione, l'identità delle mansioni, il vantaggio del datore (ad es. a non dover convertire le modalità temporali del rapporto in tempo indeterminato; o, in caso di cessione d'azienda, a poter frazionare l'anzianità) sono da soli sufficienti a far emergere l'intento vessatorio e vietato del datore di lavoro. La ragionevolezza cui si riferisce la massima attiene alle caratteristiche oggettive e fattuali dell'indizio. La valutazione di probabilità della frode è solo successiva, ed è il frutto di una valutazione di concordanza tra diverse conclusioni in esito alla valutazione degli indizi; valutazione che si giova, anche inconsapevolmente della logica dell'esclusione.

Analogamente, e forse con maggiore evidenza, può dirsi della massima secondo cui: l'*animus spoliandi* è insito nel fatto stesso di privare altri dal possesso in modo violento o clandestino, perché la violenza e la

⁷³ VERDE, op. ult. cit. pag. 180-

⁷⁴ Cass. n. 3852/1968; n. 1398/70; di recente, Cass.n. 11424/2006.

clandestinità implicano la consapevolezza di agire contro la volontà, anche tacita del possessore⁷⁵.

La consapevolezza dell'autore dello spoglio di ledere l'altrui diritto è insita nell'attentato al possesso; non vi può essere l'apprensione materiale ed in modo unilaterale di un bene – indipendentemente dal consenso dello spogliato – senza clandestinità o violenza. Non occorre una valutazione di probabilità di esistenza dell'*animus*. Lo spoglio meramente unilaterale o è violento oppure è clandestino (come si dice in questi casi – *tertium non datur*). Sembra evidente allora la somiglianza di questa ipotesi di presunzione semplice con le ipotesi di c.d. “verità interinale”, che sono ipotesi normativamente previste in presenza delle quali un elemento della fattispecie non deve essere provato perché esplicitamente insito nel fatto richiamato dalla norma come suo elemento “naturale” (alla questione si faranno dei cenni in seguito). Vi è tuttavia una differenza data dal fatto che diversamente che nelle ipotesi di “verità interinale” (di cui un esempio massimo è dato dalla “presunzione” di buona fede dettata dall'art. 1147 c.c.), in caso di spoglio, *l'animus spoliandi* – pur provato per presunzione – deve essere allegato dall'attore attraverso le indicazioni delle modalità dello spoglio; modalità che costituiscono il fatto noto su cui si fonda la presunzione; non occorre l'allegazione di alcuno specifico fatto noto nel caso delle verità interinali.

Recentemente, la giurisprudenza di legittimità⁷⁶ ha ritenuto sufficiente, quale fatto noto ai fini della prova per presunzione della *participatio fraudis* del terzo acquirente in tema di azione revocatoria, la gravità e la precisione indiziaria offerta dalla fittizietà della scrittura privata di vendita. Ciò in considerazione del fatto che il carattere fittizio-simulatorio non è accertato autonomamente, ma è strumentale all'indagine sull'elemento psicologico dell'acquirente. Quell'indizio cioè evoca in modo grave e preciso, un elemento strutturale della fattispecie perché in

⁷⁵Cass. civ. n. 1204/99; nn. 1890/63, 1699/69, 6104/85.

⁷⁶Cass. Civ., 23-11-2011, n. 24686.

base a regole di esperienza esso stesso è un'appendice variabile della fattispecie tipica considerata.

Alla luce delle considerazioni svolte, si comprende l'importanza e l'autonoma rilevanza dei requisiti di gravità e precisione richiesti dall'art. 2729 c.c. rispetto al requisito della concordanza. Quest'ultimo, infatti, ha una funzione di verifica finale dell'idoneità del fatto noto e si riferisce principalmente al giudizio di alta e ragionevole probabilità dell'inferenza presuntiva costruita sul fatto noto grave e preciso.

Il requisito della concordanza pretende che le conclusioni conseguibili dal fatto noto non siano in contrasto. Si tratta di un requisito imprescindibile. È criticabile, quindi, il diffuso orientamento giurisprudenziale che fa richiamo al requisito della concordanza soltanto *a contrario* per sostenere l'idoneità probatoria di un'unica e solitaria presunzione, richiedendo la verifica del requisito della concordanza solamente nel caso di concorso tra più circostanze presuntive⁷⁷.

La problematica è complessa. Si possono isolare con chiarezza due orientamenti. Secondo il primo, l'inferenza presuntiva postulerebbe un nesso di derivazione necessaria tra fatto noto e fatto ignoto, tale da non lasciare spazio ad altre possibilità. In base ad una diversa e più condivisibile prospettiva interpretativa, l'esistenza del fatto ignoto deve discendere da quella del fatto noto secondo il criterio dell'*id quodprelurqueaccidit*⁷⁸.

⁷⁷Cass. Civ., 08-04-2009, n. 8484; e 23-11-2011, n. 24686.

⁷⁸ A tal proposito, le SS.UU. della Cassazione hanno stabilito che *“nella prova per presunzioni, ai sensi degli art. 2727 e 2729 c.c., non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevole possibile, secondo un criterio di normalità. Infatti, è sufficiente che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto si accertato alla stregua di canoni di probabilità, con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo regole di esperienza”*.

La questione si inserisce nel più ampio dibattito – soprattutto dottrinario – sullo status della conclusione inferenziale tra certezza e probabilità; CARNELUTTI, *Sistema*, cit. pag. 718; RAMPONI op. cit. pag. 300; TARUFFO, *Certezza e probabilità*, op. ult. cit. pag. 95; *La prova...*, cit. pag. 166 e ss.

La problematica si intreccia inoltre con l'ulteriore questione delle tecniche di controllo da parte della Cassazione sulle presunzioni semplici. Su tali problematiche

Pur nella piena ed ormai acquisita consapevolezza che il concetto di verità processuale esprime una realtà processualmente circostanziata, non coincidente con la verità materiale, deve con forza essere affermata la funzione della prova che è quella di verificare nel processo a realtà extraprocessuale. Perciò, senza dover per forza affrontare i temi gnoseologici della verità assoluta e della verità possibile, il nocciolo della questione sta nel capire come la concordanza delle conclusioni inferenziali debba essere appurata non in linea teorica a in via pratica. L'indizio dotato dei requisiti di gravità e precisione è idoneo a far conseguire una conclusione logicamente concordante quando nel caso concreto, ed alla luce degli altri dati istruttori, possibile rintracciare una coerenza pratica tra la conclusione inferenziale e le altre conclusioni possibili.

Ed invero, uno stesso fatto noto può condurre in linea teorica a conclusioni egualmente attendibili e tuttavia nella pratica può valutarsi che solo una tali conclusioni sia razionalmente fondata nel caso concreto, mentre le altre siano da escludere⁷⁹.

La conclusione presuntiva sul fatto ignoto deve perciò essere univoca - e ciò dipende dalla regola d'inferenza usata per legare il fatto noto alla premessa maggiore -. ma, se dal punto di vista logico si ha univocità quando la conclusione raggiunta è l'unica possibile, dal punto di vista giuridico, invece, non vale lo stesso. Ed infatti, se la connessione tra fatto noto e fatto ignoto fosse necessaria non vi sarebbe alcuna ragione di ricorrere al procedimento probatorio; basterebbe constatare la realtà. Ciò che conta per la correttezza dell'inferenza presuntiva è che non vi sia equivocità pratica.

v. in particolare: D'ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in For. It., 1973, par. I, pag. 149 ss.

⁷⁹ Si riportano le chiarissime parole di TARUFFO, *Certezza e probabilità*, cit. ag. 100 <<[...] la qualificazione di univocità/equivocità non dipende dalla potenzialità teorica, o dalla possibilità logica, che la regola d'inferenza applicata alla premessa data dal fatto noto ammetta più conclusioni diverse, ma dal fatto che essa produca o meno più conseguenze dotate dello stesso grado di attendibilità, o comunque di gradi di attendibilità diversi non diversificati in modo tale da consentire la scelta di un'ipotesi e il rigetto dell'altra. L'equivocità teorica, o logica, non coincide dunque con l'equivocità che si può definire pratica [...]>>

In altre parole, non è essenziale che la conclusione possibile sia una soltanto, ciò che conta è che, pur in presenza di una pluralità di conclusioni tra queste non vi sia incompatibilità e possa perciò compiersi in fatto una scelta in base al grado di probabilità rappresentato da ciascuna conclusione possibile⁸⁰.

Centro di interesse giuridico e univocità pratica sono, dunque, i due criteri su cui fondare la valutazione di requisiti dell'indizio affinché possa costituire un valido fatto noto. La correttezza di questa valutazione effettuata ai fini dell'ammissibilità della prova presuntiva tra quelle che il giudice dovrà valutare in fase di decisione, deve giovare della c.d. logica dell'esclusione di matrice anglosassone⁸¹.

Si tratta di una prima fase di valutazione della presunzione, che va distinta dalla successiva fase in cui l'attendibilità della prova presuntiva dovrà nuovamente essere vagliata alla luce di tutte le prove acquisite al processo.

Alla luce di tutto quanto argomentato, è fortemente criticabile la scelta del legislatore tributario di concedere diritto di cittadinanza alle c.d. *presunzioni supersemplici* (D.P.R. N. 600/73, art. 39), prive cioè dei requisiti di precisione, gravità e concordanza, utilizzabile dall'Amministrazione Finanziaria in fase di accertamento della maggiore base imponibile del reddito d'impresa in presenza di una contabilità gravemente irregolare od inattendibile. E si tratta di un istituto avallato anche dalla giurisprudenza⁸² in ossequio ad un ingiustificato (se non dalle esigenze di fare cassa) *favorfisci*.

⁸⁰ TARUFFO, *Certezza e probabilità...* op. cit. pag. 100. Lo stesso autore, tuttavia, in altri suoi lavori (*Prove atipiche...*cit. ed *Il giudice e lo storico...*cit.) nell'affrontare – proprio muovendo dal requisito della concordanza – il problema del cumulo delle presunzioni (pacificamente risolto in senso negativo dalla giurisprudenza), affermava che la scelta della conclusione – vale a dire lo status di attendibilità della stessa – dipendeva dal tipo esclusivamente dal tipo di regola inferenziale applicata: legge scientifica o probabilità. Nei termini usati, sembra di comprendere che il criterio di valutazione indicato dall'A. è - in quelle sedi – precipuamente teorico; prescinde cioè da una attendibilità pratica. Per quest'ultimo metro di giudizio dell'attendibilità, invero, non dovrebbe essere determinante in modo assoluto il tipo di regola inferenziale applicata.

⁸¹G.F. RICCI op. cit. pag.197 e ss.

⁸²Cass. Civ. 30-06-2006, n. 15134; 13-02-2006, n. 3115; nonché nn. 18038/2005 e 7914/2007.

5. La struttura della presunzione semplice ricostruita e sviluppata nelle pagine precedenti ha messo in luce: i) la differenza tra presunzione ed indizio; ii) la centralità del fatto noto presuntivo; iii) la particolare funzione svolta dalla regola d'esperienza nella logica presuntiva e le modalità del suo collegamento con il fatto noto; iv) l'autonomia e la diversità di funzione dei requisiti di gravità e precisione dell'indizio, rispetto al requisito della concordanza; v) gli sviluppi di tale distinzione, nella differenza tra capacità evocativa dell'indizio grave e preciso come fonte dell'inferenza logica e status della conclusione inferenziale.

L'elaborazione svolta, sarà adesso mantenuta sullo sfondo delle riflessioni sulle presunzioni legali relative. Analizzando le tesi più diffuse in dottrina circa la natura e la funzione della presunzione legale relativa, si potrà verificare se vi sia una distinzione tra queste e la presunzione semplice.

Tenendo a mente la struttura della presunzione, secondo quanto detto finora, si procederà perciò a distinguere la presunzione legale relativa vera e propria dalla fattispecie presuntiva, altrimenti detta presunzione impropria.

CAPITOLO TERZO

LE PRESUNZIONI LEGALI

1. La presunzione legale nel vecchio codice -2. Ragionevolezza in concreto ed in astratto dell'inferenza presuntiva - 3 Presunzioni formali -3.1 Alcune ipotesi di presunzioni formali - 4. La fattispecie presuntiva (tesi sostanzialistica) - 4.1Il caso dell'accessione - 4.2 La presunzione di proprietà del muro divisorio - 4.3 Ancora sulla fattispecie presuntiva: gli artt. 232 e 1218 c.c. -5. Presunzioni legali e onere della prova (tesi processualistica) -5.1 La presunzione di buona fede: *favorlegis* e verità interinale - 6. La presunzione probatoria (l'art. 1141 c.c.) -6.1 La presunzione di cessione e di acquisto – 6.2 La presunzione di proprietà esclusiva del muro divisorio -7. Analogia strutturale tra presunzioni legali probatorie e presunzioni semplici – rinvio.

1. Vigente il codice civile del 1865, lo statuto della presunzione legale esprimeva un'architettura tutt'altro che chiara.

La presunzione, pur disciplinata tra le prove, veniva indicata dall'art. 1350 c.c. alla stregua di un effetto legale piuttosto che di uno strumento atto a consentire la formazione del convincimento del giudice.

La norma summenzionata, infatti, recitava: “ *La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono: 1) Gli atti che la legge dichiara nulli per la loro qualità, come fatti in frode alle sue disposizioni; 2) I casi né quali la legge dichiara che la proprietà o la liberazione risulta da alcune determinate circostanze; 3) L'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata.*”

Continuava l'art. 1352 c.c. stabilendo che “*La presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo*”; chiudeva il quadro l'art. 1353 c.c. in base al quale “*Non è ammessa veruna prova contro la presunzione legale, quando sul fondamento di essa si annullano certi atti o*

si nega l'azione in giudizio, salvo che la legge abbia riservato la prova in contrario".

L'effetto considerato dalla legge con riferimento agli atti era quello di nullità dell'atto predisposto in frode alla legge. Riferito ai fatti, l'effetto era quello di attribuzione della proprietà o di perdita della stessa in virtù di precise circostanze normativamente previste; nonché quello, importantissimo, riconosciuto alla cosa giudicata, che consisteva e consiste nell'effetto di preclusione all'ulteriore accertamento della stessa res litigiosa tra le stesse parti (art. 1351 c.c. del 1865; art. 2909 c.c.).

La funzione della presunzione legale, dunque, lungi dall'essere quella di orientare la formazione del giudizio sul fatto incerto, era, invece, esplicitamente quella di definire l'effetto dichiarativo, costitutivo, estintivo o preclusivo di una determinata circostanza rispetto ad un atto (segnatamente, la frode alla legge) o fatto.

In questo contesto, venivano tipizzate come presunzione legale: quella di paternità (art. 160); quella di accessione relativamente alle cose immobili (art. 448); quella di commorienza (art. 924); quella di esistenza della causa (art. 1121). Ma veniva anche stabilita la presunzione negativa di esclusione della solidarietà dell'obbligazione plurisoggettiva (art. 1188).

Alcune di queste ipotesi – richiamate in modo esemplificativo - sono ancora disciplinate nella forma presuntiva (presunzione di commorienza); altre si sono evolute in norme materiali (acquisto della proprietà per accessione al fondo); altre si sono addirittura convertite nella presunzione contraria, come la presunzione di solidarietà passiva delle obbligazioni (anche se invero si tratta non di una inversione di tendenza da parte del legislatore, quanto della generalizzazione della presunzione di presunzione passiva per le obbligazioni commerciali prevista dall'art. 40 dell'abrogato Cod. Comm.). Per quanto riguarda la presunzione di esistenza della causa, la questione è particolarmente problematica dovendosi distinguere le ipotesi di astrattezza causale (cambiale) da quelle in cui è assente la *c.d. expressi causae*, rispetto alle quali per i rapporti obbligatori vale il disposto dell'art. 1989 c.c. A questa norma la dottrina assegna la natura si

fatto di accertamento ad “effetto preclusivo di grado maggiore”⁸³ circa l’esistenza della causa. Con questa espressione si intende fare riferimento all’effetto prodotto dalla c.d. astrazione processuale in virtù della quale il destinatario della dichiarazione può opporre alla controparte l’esistenza del rapporto fondamentale senza dover perciò allegare il titolo del rapporto, in quanto l’esistenza di questo è già data come accertata. Probabilmente in casi come questo si può intravedere una vera assimilazione tra regola sostanziale ed onere della prova. La caratteristica negoziale di questo “fatto di accertamento” infatti, determina una effettiva dispensa da ogni prova che però non è dato riscontrare nelle presunzioni⁸⁴, rispetto alle quali vale l’onere di provare il fatto noto⁸⁵.

Ritornando al codice del 1865, ciò che cattura subito l’attenzione del lettore è che l’art. 1350 c.c., mostrando quasi disinteresse per quanto stabilito dal precedente art. 1349, secondo cui “ *Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto*”, segna con il crisma della tipicità⁸⁶, le ipotesi di

⁸³ GAZZONI, Manuale, cit. pag...; PALAZZO, in Enc. Del Dir., voce *Presunzione*, pag. 265, 270.

⁸⁴ PALAZZO, op. cit. pag. 265, afferma a tal proposito che «Il diritto sostanziale inquadra chiaramente la presunzione nell’ambito del sistema degli atti di accertamento e offre ipotesi in cui è necessario distinguere, nella scarsa prospettiva legale di un medesimo istituto, il fatto di accertamento con effetto preclusivo di grado minore ipotizzato come presunzione, da quello di riconoscimento con carattere negoziale che ha un effetto preclusivo di grado maggiore (ad esempio l’art. 1998)>>. Per l’A. dunque la presunzione è un fatto di accertamento ma –si vedrà – non nel senso probatorio del termine. Le presunzioni, infatti, non potrebbero operare senza la regola dettata dall’art. 2697 c.c. Gli artt. 2727 e 2728 c.c. in particolare costituirebbero – così come l’art. 2697 - regole formali attraverso cui fare emergere l’interesse sostanziale prevalente mediante la ripartizione degli oneri probatori. Di modo che, l’art. 2697 c.c. integrerebbe le norme sulle presunzioni quando è necessario dare risalto ad un interesse sostanziale diverso da quello preferito dalla norma presuntiva (pagg. 265, 270, 271).

⁸⁵ Potendosi discutere se le presunzioni implicino il solo onere di provare il fatto noto o anche quello di allegare quello ignoto. La questione, che alla luce di quanto stabilisce l’art. 163, comma 3 n. 4 c.p.c., ha stimolato la dottrina, esula però da questo studio. Invero, sembra possibile affermare che sia ove si attribuisca alla p. la sola funzione di ripartire il carico probatorio in considerazione di una particolare struttura della fattispecie; sia che si intenda riconosce un suo ruolo per la formazione del convincimento del giudice, resta il fatto che allegando e provando il fatto noto, l’allegazione di quello ignoto è sempre implicita: in un caso nella domanda, nell’altro nella richiesta di ammissione della prova p. Per riferimenti vedi: Patti, *La prova civ.cit.*, pagg. 54-55 e note a pag. 96.

⁸⁶ Non anche della tassatività, posto che l’elencazione dell’art. 1350 c.c. del 1865 è stata da subito considerata meramente dimostrativa; cfr. RAMPONI, op. cit. pag. 16.

presunzione legale, che devono essere previste da una norma speciale, in considerazione dell'effetto ed in riferimento a speciali rapporti giuridici ed a speciali materie.

Alla luce di questo passaggio concettuale dalla regola generale dell'art. 1349 c.c. (attuale art. 2727 c.c.) alla previsione di apposite norme tipiche, non sembra tanto irragionevole che a volte quelle norme tipiche si esprimano nella forma della presunzione senza tuttavia averne la struttura indicata dalla norma generale, e operando, invece, come norme di tipo materiale.

Colpisce anche l'inserimento nel catalogo delle presunzioni legali del giudicato quale presunzione di verità, che -và però detto - sfugge allo schema della tipicità del rapporto, potendo invero riguardare qualsiasi materia e qualsiasi relazione giuridica.

Queste brevi considerazioni introduttive mettono subito in dubbio che tutte le presunzioni abbiano la natura di prova.

Tutte, però dispensano dalla prova, e tutte consentono comunque al giudice di individuare la regola materiale che segna un determinato rapporto, consentendogli, perciò, di decidere.

Ed infatti, l'art. 1350 c.c., unitamente all'art. 1352 c.c. sulla dispensa da "qualunque" prova, indica quali siano le circostanze in presenza delle quali, in via del tutto "speciale", il giudice può ritenere prodotto un effetto giuridico che è di regola legato a tipici elementi di una tipica fattispecie; elementi che, però, ancora in via del tutto "speciale" non devono essere provati.

Stando così le cose, sembra facile concludere che le presunzioni legali, lungi dal provare l'esistenza del fatto ignoto, consistono, invece, nella surroga di quel fatto con le diverse circostanze previste dalla legge. Di modo che la fattispecie tipica "classica" verrebbe accostata da un'ulteriore fattispecie fondata sul fatto noto, e, cosa ancora più importante, su quel fatto noto soltanto, posto che esso è sufficiente all'effetto costitutivo, estintivo o preclusivo.

Ed allora, la dispensa dalla prova riguarderebbe, a ben vedere, soltanto gli elementi della fattispecie classica, mentre il peso della prova si sposterebbe, semplificandosi, sul diverso fatto noto della fattispecie surrogatoria.

Ma questa conclusione, immediatamente suggestiva, non è esaustiva. Innanzitutto, perché le presunzioni legali, ad eccezioni di quelle assolute, ammettono la prova contraria. Ed è insostenibile che l'attribuzione ad un fatto dell'idoneità a produrre effetti giuridici sia stabilita fino a prova contraria; al massimo è sostenibile che a fronte di un effetto giuridico, l'ordinamento preveda un diverso effetto impeditivo del primo. A meno che non si voglia sminuire il concetto di controprova, per affermare che l'unica controprova ammessa contro la presunzione legale sia la prova d'inesistenza del fatto noto, o si voglia assimilare il fatto presunto all'inverso del fatto impeditivo; così che provare questo vorrebbe dire provare l'inesistenza di quello. Questa concezione della controprova e del fatto impeditivo non è condivisibile.

Accogliendo questa tesi, infatti, la controprova della presunzione si limiterebbe ad affermare che non esistono i fatti indici su cui la stessa si basa. Mentre ad ammettere che il fatto impeditivo della presunzione è l'inverso del fatto presunto circoscrive la funzione del fatto impeditivo dentro gli stretti confini del principio di simultaneità. Queste conclusioni però – già criticate nel rimo capitolo - francamente appaiono deludenti.

Inoltre, occorre considerare che nella fattispecie provata per presunzione, l'attribuzione al fatto noto di un effetto giuridico assimilabile a quello che si produrrebbe in presenza del fatto ignoto è un'attribuzione di tipo speciale.

Più precisamente, è speciale la funzione per cui viene riconosciuta dall'ordinamento la produzione di quegli effetti: non regolamentare bensì processuale. Nelle vere presunzioni – con funzione di prova – gli effetti del fatto noto sono destinati ad avere manifestazione soltanto nel processo.

Solo così si spiega la ragione che ha spinto il legislatore a disciplinare espressamente ed in via generale l'istituto della presunzione legale

relativa; diversamente, a voler stabilire una norma a contenuto materiale, sarebbe stato sufficiente inserire di volta in volta e secondo lo schema normativo ordinario, una disposizione di parte speciale nell'ambito di disciplina considerato.

Ma non è così. Le presunzioni legali costituiscono in buona parte, appendice degli art. 2727 e 2728 c.c., e la loro funzione non è quella di disciplinare la fattispecie ma quella di delineare il modo della relazione tra giudice e parti ai fini dell'accertamento del fatto controverso.

Ma detto ciò, la confusione rimane.

Il fatto è che la formula presuntiva ha sempre avuto un'applicazione legislativa proteiforme, per cui non si può procedere per generalizzazioni. Probabilmente la strada giusta è quella indicata dai primi ed ormai remoti interpreti che, sotto la vigenza del cod. civ. del 1865 hanno ritenuto di distinguere le presunzioni legali relative a seconda della struttura in: 1) prove; 2) disposizioni che sotto la forma della presunzione esprimono l'autorità della legge in via suppletiva; 3) disposizioni che hanno il loro "motivo" nella presunzione, in quanto fondate su un'ipotesi cristallizzata dal legislatore (e non sindacabile nelle conseguenze).

2. Ramponi nella sua "teoria generale" sulle presunzioni, aveva ben chiaro come il legislatore spesso faccia ricorso alla forma della presunzione legale in maniera impropria, per ragioni di convenienza sociale o per agevolare un determinato interesse giuridico o, più semplicemente, perché la realtà giuridica affermata dalla norma si regge su un'ipotesi che costituisce il motivo della legge.

A tutti coloro che hanno avuto modo di occuparsi con un certo interesse del tema della presunzione legale, risulta celebre l'affermazione dell'Autorevole precursore secondo cui "*...le norme giuridiche [...] che hanno per fondamento l'ipotesi che alla verità meglio si avvicina [...] rappresentano l'ultimo stadio a cui è giunto per evoluzione progressiva un concetto giuridico, quasi l'ultima pagina di una storia [...]. Cominciano*

*ad essere semplici congetture, entrano nella coscienza del giudice che ne sente la gravità; poco a poco, quasi insensibilmente acquistano terreno e diventano padrone di tutta la giurisprudenza; ed allora non hanno più che un passo da fare per entrare nella coscienza del legislatore che le formula e le sanziona*⁸⁷.

Con questa bellissima prosa, Ramponi si riferisce alle norme che, fondate su un'ipotesi, hanno nella terminologia e nella forma legislativa le sembianze della presunzione ma sono in realtà norme imperative, rispetto alle quali non è neanche concepibile la questione della controprova perché *“i comandi della legge devono essere eseguiti, ecco tutto”*⁸⁸.

Perciò, in questa impostazione si distinguono quelle che sono vere presunzioni, perché basate su un rapporto tra un fatto ed un altro fatto⁸⁹, e quelle che non lo sono, perché in esse l'ipotesi è solo la ragione, il “motivo” della legge⁹⁰.

Dal punto di vista dogmatico, la distinzione tra la presunzione legale in senso proprio e le disposizioni che tramite la presunzione esprimono soltanto il motivo della legge, sta nel fatto che mentre rispetto alle prime può mettersi in discussione la ragionevolezza nel caso concreto; nelle seconde, anche ove si fornisca la controprova, non si sarà con ciò criticata la ragione della norma.

Se si applica una presunzione legale intesa come prova⁹¹, la prova contraria può consistere nella dimostrazione che *nel caso concreto la conseguenza dal fatto noto al fatto ignoto non può dedursi; che non esiste tra i due fatti la supposta relazione*. Anche se ciò non vorrà significare che la relazione fissata dal legislatore è illogica⁹².

⁸⁷ RAMPONI, cit. pag. 131;

⁸⁸ ult. cit. pag. 137.

⁸⁹ ult. cit. pag. 139.

⁹⁰ ult. cit. pag. 100: *esse rappresentano soltanto il risultato ultimo di un raziocinio, che potrà informarsi a criteri presuntivi ed avere per base logica la probabilità, ma rimane pur sempre il motivo della disposizione. E i motivi della legge non sono la legge.*

⁹¹ E per Ramponi la vera presunzione legale è quella che ha la funzione di prova; ult. cit. pag. 164.

⁹² ult. cit. pag. 167.

Diversamente, laddove si dia la prova contro l'ipotesi assunta a motivo della norma materiale - che ha nella presunzione soltanto la propriaragione - ciò non mette in discussione, neanche nel caso concreto, la fondatezza del motivo di quella norma⁹³; si tratta soltanto di definire un diverso ambito di applicazione.

Ramponi, indica tra le norme che hanno nella presunzione soltanto il motivo della legge, la norma sulla *capacità civile* (vale a dire sulla capacità d'agire), che sostituisce il criterio qualitativo con il criterio quantitativo in virtù di un'ipotesi legata al grado di maturità del soggetto una volta raggiunta una certa età. Ma sono tali anche disposizione che "presumono" la volontà del testatore o del contraente, come ad esempio la disposizione secondo cui la vendita della cosa legata dal testatore determina la perdita d'effetto del legato.

Tutte le argomentazioni di Ramponi però non consentono ancora di distinguere con efficacia le presunzioni che sono prove, da quelle che, invece, sono norme materiali.

Apprezzabile è però l'intuizione che distingue la ragione della presunzione in quanto motivo della legge, dalla ragione della presunzione in quanto rapporto logico tra due fatti. E si tratta di una considerazione importante perché le presunzioni che in realtà sono norme materiali hanno una funzione di disciplina generale e rispetto ad esse è indiscutibile il motivo di utilità o di necessità che ha mosso il legislatore; motivo che non è criticabile se collocato nel giusto ambito di applicazione.

Nella ricostruzione di Ramponi, le presunzioni che sono prove, possono essere apprezzate nella loro logicità rispetto al caso concreto. Perciò, pur restando intatta la loro ragionevolezza astratta, e pur sussistendo nel caso concreto tutti gli elementi che segnano positivamente il suo ambito di applicazione, esse nondimeno potrebbero non essere applicate a causa di una valutazione discrezionale di logicità nel singolo caso di specie.

Questa distinzione tra ragionevolezza astratta e ragionevolezza in concreto è dirompente aprendo le porte all'elemento della valutazione che

⁹³ult. cit. pag. 137.

è concepibile soltanto rispetto alle prove ma non certo rispetto al comando del legislatore.

Ma detto ciò, non è ancora chiaro perché debba distinguersi la presunzione che è motivo della legge dalla presunzione che è soltanto prova.

Invero, la ragione non può stare soltanto nella sussistenza in un caso e nell'assenza nell'altro di un rapporto logico tra due fatti esplicitamente indicato dal legislatore. Ed infatti, la presenza di quel rapporto logico potrebbe essere soltanto una tra le tante ragioni della legge; anche quel rapporto, dunque, potrebbe indicare un mero "motivo" della legge, non idoneo perciò a contrassegnare la funzione della norma come probatoria.

Il punto è che Ramponi non si inoltra fino ad inserire la riflessione sulla presunzione del contesto processuale. Le sue considerazioni sulla controprova sono troppo generiche non soffermandosi sull'oggetto della stessa.

Egli, soprattutto, non si occupa veramente della formazione del convincimento del giudice, tanto che annovera anche le presunzioni legali assolute tra le prove in considerazione del rapporto tra fatto noto e fatto ignoto. L'A. tuttavia si pone con chiarezza l'interrogativo se "*escludere qualsiasi prova contraria, elevare una probabilità, per quanto forte, al grado di verità assoluta e inattaccabile, sia conforme ai principi razionali del diritto*"⁹⁴.

Più analitica è la riflessione di Lessona.

La ricostruzione di Lessona sulle presunzioni legali è più lineare rispetto a quella di Ramponi⁹⁵. Nella "Teorie delle Prove", si afferma chiaramente che "*le presunzioni legali sono una specie di prova precostituita dal legislatore, come sono prove le presunzioni semplici*". In questa ricostruzione teorica, lo *scopo giudiziario* di tutte le presunzioni legali è

⁹⁴Ult.cit, pag- 174.

⁹⁵ È singolare che Carnelutti nella sua "Prova civile" non abbia tenuto per nulla conto della ricostruzione di Lessona, cuituttavia l'illustrissimo Autore di avvicina molto; soprattutto nel suo Sistema e nella sue Lezioni.

quello di “*scemare l’arbitrio del giudice nello apprezzamento delle prove, agevolandogli la decisione sulle questioni di fatto*”⁹⁶.

La considerazione è fondamentale perché aggancia con chiarezza la funzione delle presunzioni legali alla valutazione del fatto e, quindi, a quello che è il ruolo tipico delle prove.

Continuando, si afferma che l’effetto di dispensa dalla prova prodotto per la parte a cui favore essa milita, non deve essere frainteso perché chi invoca la presunzione legale deve provare comunque i fatti su cui la legge fonda la presunzione.

Tuttavia, queste prese di posizioni non valgono a chiarire la natura probatoria delle presunzioni legali.

3. Anche Lessona ammette l’esistenza di norme che, formalmente definite come presunzione, non corrispondono al concetto vero di presunzione legale⁹⁷.

Si ribadisce, perciò, come il primo passo da compiere sia quello di fare chiarezza in ordine al concetto di presunzione. Con questa intenzione si intraprende la critica di alcune disposizioni la cui formulazione fa un ricorso letterale alla presunzione ma che, in realtà, non corrispondono alla funzione della presunzione.

Il primo caso preso in considerazione è quello della “presunzione di assenza” disciplinata dall’art. 20 del c.c. del 1865⁹⁸. Si tratta di una disposizione che non più presente nel codice civile vigente, nondimeno presenta un’identità di struttura e di funzione con l’attuale disciplina della morte presunta perché in entrambi i casi si tratta di stabilire gli effetti legati ad una situazione di incertezza che non può essere risolta⁹⁹.

⁹⁶ LESSONA, op. cit. pag. 135,

⁹⁷ ult. cit. pag. 137.

⁹⁸ Oltre a Lessona, pag. 137 1 69; vedi anche CONIGLIO, op. cit. pag. 20-21.

⁹⁹ L’assimilazione tra l’assenza presunta del vecchio codice e la morte presunta dell’attuale sistema normativo, non va oltre la definizione normativa di uno status di incertezza, allo scopo di agganciarvi effetti giuridici a favore dei successibili e sul patrimonio dello scomparso poi dichiarato assente e – nel sistema vigente – morto presunto. Ciò detto è tuttavia fin troppo chiaro che gli effetti della dichiarazione di

Con la disciplina sulla presunzione di assenza, così come con la disciplina della morte presunta, il legislatore non intende dimostrare un fatto incerto quanto piuttosto porre rimedio all'incertezza, definendo l'assenza del soggetto, vale a dire l'incerta sopravvivenza dell'individuo, come uno *status* giuridicamente rilevante. Importa allora rilevare che l'attuale art. 58 del cod.civ. è rubricato "dichiarazione di morte presunta dell'assente"; il legislatore non usa la locuzione "presunzione di morte" dell'assente. Invero si tratta di morte presunta dichiarata a fronte della situazione di assenza prolungata; e l'assenza prolungata altro non è che incertezza sulla sopravvivenza dell'assente. La funzione della norma è quella di qualificare giuridicamente la situazione e non quella di accertare l'ignoto. Del resto l'effetto d'immissione in possesso nei beni del morto presunto si produce a favore di coloro che sarebbero eredi se l'assente fosse morto nel giorno in cui risale l'ultima notizia di lui¹⁰⁰. Non si attende che la sentenza sia passata in giudicato per individuare gli eredi.

L'effetto della norma non è perciò legato all'accertamento della morte, perché, invero quell'accertamento non vi è, oppure, come dice parte della dottrina contemporanea, è un accertamento indiretto¹⁰¹. E si consideri a tal proposito come l'art. 67 c.c. stabilisce che a fronte della dichiarazione di morte presunta, l'accertamento della morte può essere sempre fatto. Accertamento che fino ad allora, quindi, non può dirsi compiuto.

La norma ha un effetto sostanziale che è quello di equiparare il momento dell'assenza al momento della morte e, specularmente di assimilare l'assenza decennale all'evento morte. E si tratta di una equiparazione che svolge, prima ancora che una funzione giurisdizionale (possibilità di dichiarare la morte presunta), una funzione sostanziale specificamenteregolata dallo statuto della morte presunta.

assenza sono necessariamente diversi da quelli della morte presunta, posto che le due ipotesi si collocano ad un diverso grado di precarietà.

¹⁰⁰BERGAMO, *Nota sulla dichiarazione di morte presunta e data di apertura della successione*, in *Gir. It.* 2001, n. 5;

¹⁰¹TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Mil. 2009 pag. 257.

Rispetto a quanto si qui detto, le rare pronunce di legittimità, da un lato confermano che la dichiarazione di morte presunta produce, in punto di aperture dalla successione, un effetto sostanzialmente analogo alla morte accertata, sottintendendo però per questa via la differenza intrinseca tra la morte presunta e quella accertata; dall'altro, nel parlare di accertamento indiretto, considerano la pronuncia di morte presunta come fondata su un fatto idoneo a far presumere la morte¹⁰².

Quanto sin qui argomentato dimostra che la morte presunta - e così anche la presunzione di assenza commentata da Lessona - non costituisce prova ma norma materiale.

Ma questa considerazione non è conclusiva rispetto alla tesi che ci si propone di analizzare; non è ancora dimostrato, infatti, che l'utilizzo della presunzione come tecnica di redazione legislativa sia eccezionale e che le vere presunzioni siano quelle con funzione di prova.

Il fatto è che Lessona dà per assodato ciò che qui si intende dimostrare, vale a dire che la presunzione legale relativa abbia una funzione probatoria basata sulla idoneità del fatto noto a convincere il giudice. Secondo questo Autore, infatti, è chiaro che la controprova della presunzione legale relativa possa avere ad oggetto circostanze di fatto idonee a dimostrare che nel caso concreto la presunzione legale non ha ragione di essere¹⁰³.

In questo quadro teorico, quindi, la controprova può avere ad oggetto sia l'inesistenza del fatto noto, sia l'esistenza di un fatto diverso da quello ignoto asseritamente dimostrato e con questo incompatibile, sia - e ciò è

¹⁰²Si veda Cass. civ., del 23 - 08- 1961, n. 1996 secondo cui *"La pronuncia giudiziale che dichiara la morte presunta dall'assente produce effetti giuridici i quali, benché risolvibili in dipendenza del verificarsi della condizioni contemplata dall'art. 66 c.c. sono sostanzialmente analoghi - per la loro consistenza ed estensione e per la loro rilevanza - a quelli che si determinerebbero nel caso di morte accertata e di conseguente apertura della successione ed implicano, oltre al potere di compiere atti dispositivi, anche quello di promuovere la divisione dei beni. Tale pronuncia, intesa come mero accertamento di uno stato di fatto idoneo a far presumere la morte, sopperisce alla mancanza di un accertamento diretto di tale evento naturale, eseguito alla stregua delle norme speciali (artt. 39 e segg R.D. n. 1238 del 1939).*

¹⁰³ult. cit. pag. 245.

molto importante -la prova che la presunzione risulta inesatta nella singola circostanza di fatto, pur essendo logicamente ammissibile in generale.

Ciò equivale a dire che per Lessona è possibile sindacare l'idoneità del fatto noto nel caso concreto.

Su questa premessa, la riflessione dell'Autore si concentra nella distinzione delle ipotesi in cui il fatto noto è elemento di valutazione – perciò sindacabile – , da quelle in cui, mediante il ricorso formale alla presunzione legale, il fatto noto è, invece, espressione in assoluto insindacabile dell'autorità della legge.

3.1 Più precisamente, si avranno, accanto alla presunzione-prova, presunzioni che sono norme materiali, e segnatamente: 1) norme suppletive, e perciò derogabili; 2) norme imperative ed inderogabili.

Rispetto ad entrambe, sarà possibile l'esame dell'ambito di applicazione ma non sarà concesso sindacare la logicità dell'inferenza dal noto all'ignoto, perché le scelte del legislatore – entro i limiti della ragionevolezza costituzionale- non sono discutibili. Ma è bene mettere in chiaro che questo tipo di presunzioni – formali – non afferiscono al procedimento di convincimento del giudice e sono perciò poste al di fuori delle riflessioni fatte nei capitoli precedenti.

Nel solco di questa impostazione, si offrono alla riflessione dello studioso norme suppletive sulla volontà presunta che, nonostante la forma legislativa, non sono prove presuntive ma disposizioni materiali¹⁰⁴. Lessona indica un ampio novero di ipotesi alcune delle quali mantengono vivo il loro interesse anche attualmente; non sempre si tratta peraltro di norme suppletive, destinate cioè a trovare applicazione solo se non vi sia una diversa volontà delle parti.

L'art. 1184 c.c. come noto stabilisce che il termine per l'adempimento si presume a favore del debitore. Non occorre un grande sforzo per avvertire subito come la norma non abbia nulla della presunzione. Non la struttura,

¹⁰⁴ ult. cit. pagg. 168 e ss.

visto che non vi è un fatto noto e, quindi, alcuna inferenza. Non la funzione, che non è diretta risolvere una incertezza ma a fissare una regola in *favordebitoris*.

L'art. 1199 c.c. stabilisce che il rilascio della quietanza per il capitale fa presumere il pagamento degli interessi. Ma non si tratta affatto di presunzione, quanto piuttosto dell'applicazione dell'art. 1194 c.c., secondo cui il pagamento fatto in conto capitale deve essere imputato prima agli interessi.

L'art. 1124 c.c. stabilisce la regola per cui nelle obbligazioni pecuniarie di valuta sono dovuti gli interesse legali dal giorno della mora, anche se il creditore non prova di aver subito un danno. Anche in questo caso, la ragione per cui non occorre la prova del danno da parte del creditore, non sta nel fatto che l'ordinamento presume il danno da ritardo, ma nella c.d. "fecondità naturale del denaro" che produce frutti civili come corrispettivo del godimento che altri ne abbiano" (art. 820 c.c.).

Dello stesso tipo – norme regolatrici – sono: l'art. 1708 c.c. sui poteri impliciti del mandatario che gli sono riconosciuti dalla legge non in base ad una volontà presunta del mandante ma perché diversamente la stessa funzione del contratto, che è la gestione della sfera giuridica altrui, non potrebbe essere realizzata; l'art. 1709 c.c. sulla natura onerosa del mandato; l'art. 1767 c.c. sulla gratuità del deposito.

Accanto a queste ipotesi, ve ne sono altre molto più problematiche.

L'art. 1294 c.c. stabilisce che i condebitori sono tenuti in solido se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente. Nel linguaggio comune si usa parlare di presunzione di solidarietà passiva. Tuttavia si aggiunge subito che per l'art. 1294 c.c. la solidarietà passiva è la regola. Ed infatti si tratta di regola non di presunzione. Non c'è un fatto ignoto da svelare e neanche un fatto noto da invocare a sostegno della conclusione. Non è tale l'*eadem causa obligandi*, anche perché essa, già sotto il profilo strutturale, non costituisce elemento necessario della solidarietà passiva. Neanche la comunanza dell'interesse dei condebitori che dal'altra parte può anche non esservi, come dimostra l'ultimo comma dell'art. 1299 c.c. oltre che la

disciplina della fideiussione, laddove la solidarietà tra debitore principale e garante, rispetto ai creditori, corrisponde all'interesse del debitore a sostenere la propria posizione innanzi al creditore e non anche a quella del fideiussore.

La solidarietà si apprezza essenzialmente nella medesimezza degli effetti dell'adempimento da parte di uno qualsiasi del debitore. La sua funzione sostanziale è quella di alleggerire la posizione del creditore unitamente ad una speculare funzione giurisdizionale che consente al giudice di condannare per l'intero il singolo condebitore. Fermo restando il caso in cui, a causa dell'indivisibilità dell'oggetto della prestazione plurisoggettiva, la solidarietà è una necessità logica, prima ancora che giuridica, in tutti gli altri casi, essa è una regola generale che disciplina gli effetti dell'adempimento della prestazione da parte del singolo condebitore, oltre che la legittimazione passiva di ciascuno di essi per l'intero innanzi al creditore. Di modo che la regola generale sulla solidarietà passiva dell'obbligazione plurisoggettiva attiene al lato esterno del rapporto.

Non si tratta, dunque, della presunzione circa la volontà delle parti di costituire tra di loro un rapporto obbligatorio solidale; alle parti, semmai, è concesso - salvo il caso dell'obbligazione indivisibile - di derogare alla regola generale.

Per derogare a questa regola generale, non basta che il legislatore stabilisca la proporzionalità interna del rapporto tra i condebitori, attribuendo a questi di stabilire il contrario (art. 1223 c.c.). Una norma di questo tipo, infatti, innanzitutto opererebbe sul piano dei rapporti interni tra condebitori e non anche all'esterno nel rapporto con il creditore; ponendosi perciò su di un piano distinto da quello proprio della solidarietà. Ma soprattutto, essendo - essa sì - una norma suppletiva sulla volontà delle parti, non è speciale rispetto all'art. 1294 c.c., che, invece, come detto, non riguarda la volontà presunta delle parti del rapporto. L'art. 1294 - si ribadisce - è regola generale di disciplina delle obbligazioni plurisoggettive passive.

Del resto, contro la possibilità di considerare gli elementi su cui si regge la solidarietà passiva e, quindi, l'art.1294 c.c. quali da soli idonei a sostenere la presunzione di solidarietà passive, vale quanto ha affermato la Cassazione che a Sezioni Unite, disconosce il valore generale dei requisiti della solidarietà passiva, stabilendo, invece, la generalità della regola della parziarietà dettata dall'art. 2314 c.c. La Corte di legittimità, invero, nella sentenza richiamata, non prende posizione sul tema della presunzione di solidarietà ma critica il valore generale della disposizione dell'art, 1294 c.c. in considerazione dell'insufficienza dei requisiti strutturali classici dell'istituto generale dell'obbligazione solidale¹⁰⁵. Permutando questi rilievi alla diffusa concezione dell'art. 1294 c.c. come regola di presunzione legale, si conclude che, secondo la Corte di Cassazione, gli

¹⁰⁵ Nella motivazione di Cass. civ, SS.UU., 8 -04- 2008, N.9148 è scritto "...Per determinare i principi di diritto, che regolano le obbligazioni (contrattuali) unitarie le quali vincolano la pluralità di soggetti passivi - i condomini - occorre muovere dal fondamento della solidarietà. L'assunto è che la solidarietà passiva scaturisca dalla contestuale presenza di diversi requisiti, in difetto dei quali - e di una precisa disposizione di legge - il criterio non si applica, non essendo sufficiente la comunanza del debito tra la pluralità dei debitori e l'identica causa dell'obbligazione; che nessuna specifica disposizione contempli la solidarietà tra i condomini, cui osta la parziarietà intrinseca della prestazione; che la solidarietà non possa ricondursi alla asserita unitarietà del gruppo, in quanto il condominio non raffigura un "ente di gestione", ma una organizzazione pluralistica e l'amministratore rappresenta immediatamente i singoli partecipanti, nei limiti del mandato conferito secondo le quote di ciascuno. Quando la prestazione per natura non è indivisibile, la solidarietà dipende dalle norme e dai principi. La solidarietà raffigura un particolare atteggiamento nei rapporti esterni di una obbligazione intrinsecamente parziaria quando la legge privilegia la comunanza della prestazione. Altrimenti, la struttura parziaria dell'obbligazione ha il sopravvento e insorge una pluralità di obbligazioni tra loro connesse. E' pur vero che la solidarietà raffigura un principio riguardante i condebitori in genere. Ma il principio generale è valido laddove, in concreto, sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge per la attuazione congiunta del condebito. Sicuramente, quando la prestazione comune a ciascuno dei debitori è, allo stesso tempo, indivisibile. Se invece l'obbligazione è divisibile, salvo che dalla legge (espressamente) sia considerata solidale, il principio della solidarietà (passiva) va temperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 c.c. secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte.[...] Poiché la solidarietà, spesso, viene ad essere la configurazione ex lege, nei rapporti esterni, di una obbligazione intrinsecamente parziaria, in difetto di configurazione normativa dell'obbligazione come solidale e, contemporaneamente, in presenza di una obbligazione comune, ma naturalisticamente, divisibile viene meno uno dei requisiti della solidarietà e la struttura parziaria dell'obbligazione private.

elementi noti su cui si poggia strutturalmente la regola - asseritamente considerate come presuntiva – sulla solidarietà passiva, non sono idonei ad esprimere una inferenza in tal senso astrattamente adeguata. In sostanza, già sotto un profilo generale, indipendentemente cioè da un'analisi sul singolo caso concreto, l'art. 1294 non è affatto annoverabile nel catalogo delle presunzioni legali.

Senonché, la decisione delle SS.UU. qui richiamata, è criticabile proprio perché l'art. 1294 c.c. è regola generale – e la stessa Corte la considerata come tale – e non presunzione. Non è possibile, quindi, sindacare la ragionevolezza degli effetti che in via astratta e generale il legislatore ha inteso attribuire agli elementi classicamente fondanti la solidarietà passiva. Questa critica sarebbe ammissibile se si ritenesse l'art. 1294 c.c. ipotesi di presunzione legale e se ne volesse sindacare il fondamento. Ma, come detto, l'art. 1294 c.c. non è presunzione legale e, quindi, la critica svolta dalle SS.UU. non è condivisibile.

4. L'analisi fin qui compiuta, dimostra come in alcune importanti ipotesi normative, pacificamente definite quali presunzioni, in realtà il termine presunzione sia utilizzato dal legislatore come sinonimo di “fatto autoritariamente stabilito”.

Alla luce di questa considerazione si è ritenuto che le presunzioni legali siano tutte delle regole di disciplina.

Questa tesi, invero, è stata sostenuta da Chiovenda¹⁰⁶ e da Micheli¹⁰⁷ che riconosce nella presunzione legale una mera tecnica di redazione legislativa.

Le presunzioni legali sarebbero strumenti normativi attraverso cui si stabiliscono quali fatti devono in determinati rapporti giuridici ritenersi come costitutivi o come impeditivi fino a prova contraria. E si esclude sia l'assimilazione delle presunzioni legali ai mezzi di prova, sia la loro natura

¹⁰⁶ *Principi*, cit. pag. 127.

¹⁰⁷ *L'onere ...* cit. pag. 199, 201.

di regole sull'onere della prova. Su quest'ultimo punto ci si soffermerà più avanti, quando si farà cenno alla diversa tesi per cui le presunzioni legali relative sono regole sulla ripartizione dell'onere della prova, assimilabili all'art. 2697 c.c. Assimilazione che viene sostenuta sia con riferimento all'onere della prova in senso soggettivo che oggettivo. In ogni caso secondo entrambi gli indirizzi considerati, le presunzioni legali non servirebbero mai alla formazione del convincimento del giudice¹⁰⁸.

Che la presunzione sia una modalità di introdurre una disposizione – imperativa - da parte della legge è pacificamente ammesso inoltre dalla dottrina maggioritaria rispetto alle presunzioni legali assolute che, in alcuni casi vengono addirittura assimilate alle finzioni. Invero, l'assoluta impossibilità di offrire la prova contraria alla conclusione delle presunzioni assolute, scoraggia definitivamente dal formulare per esse una ricostruzione teorica di tipo probatorio. Il fatto è che – come si vedrà oltre – le presunzioni assolute, insieme ad alcune ipotesi di presunzioni legali, rientrano nel novero delle fattispecie presuntive. Vale a dire che sono disposizioni normative costruite su un'ipotesi analoga a quella che generalmente scandisce il ragionamento presuntivo, solo che la loro funzione è quella di incidere direttamente sulla sfera giuridica dei soggetti. In esse il motivo della legge, che è di natura presuntiva, non emerge tra gli elementi strutturali dell'ipotesi normativa ma ne è presupposto. Anche queste norme non hanno la funzione di condurre il giudice ad un convincimento sul fatto incerto ma sono destinate ad operare fuori dal processo.

Tuttavia, la loro base logica, per così dire presuntiva, si manifesta nel rapporto processuale tra le parti in conflitto ed il giudice orientando l'interpretazione di quest'ultimo sull'ambito di applicazione della norma stessa.

¹⁰⁸ Per tutti, ANDRIOLI, *Presunzione*, cit. pag. 767- 768; PATTI, *Le prove*, cit. pag. 133-134; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva...* cit. pag. 407-408-

Fatta questa anticipazione su un tema che si osserverà da vicino più avanti, conviene fare un passo indietro per osservare la relazione che vi è tra presunzioni legali relative e norme materiali.

Secondo la dottrina contemporanea non sarebbe possibile distinguere, come fanno Lessona e Coniglio¹⁰⁹, tra disposizioni materiale- che sono espressione autoritaria ed insindacabile del legislatore - il cui motivo sta in una presunzione; e le presunzioni probatorie vere e proprie, articolate su di un rapporto tra fatto noto e fatto ignoto e finalizzate a consentire il più veloce convincimento del giudice alla stregua delle prove legali.

Ed invero, osservando le singole disposizioni normative, sembra possibile rintracciare delle ipotesi in cui il richiamo formale alla presunzione non sia diretto ad esprimere una relazione di consequenzialità logica tra un fatto noto e quello ignoto, finalizzata a dare la prova dei fatti incerti. In alcuni casi, lo schema logico della presunzione è utilizzato come strumento di manifestazione delle ragioni implicite della legge; motivi su cui è modellata la fattispecie e che per ciò, ancorché non espressi, sono intrinseci alla sua struttura.

Ed a ben vedere, vi sono casi in cui lo sfondo presuntivo della disposizione normativa è addirittura implicito e non dichiarato.

4.1La questione deve essere affrontata partendo dal dato normativo.

Particolarmente utile in tale senso è la disciplina dell'accessione che l'art. 922 c.c. annovera tra i modi di acquisto della proprietà salvo che dal titolo risulti diversamente (art. 934 c.c.). L'istituto in passato era disciplinato nella forma della presunzione legale di proprietà ex art. 448 c.c. del 1865. A questa presunzione se ne accompagnavano altre due: la presunzione di esecuzione e quella di spesa. Disponeva, la norma del vecchio codice civile : *“Qualsiasi costruzione, piantagione od opera sopra o disotto il suolo si presume fatta dal proprietario a sue spese ed appartenergli,*

¹⁰⁹ Op. cit. pag. 49-50.

finchè non costi del contrario, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi”.

Secondo Lessona – che si pone in sintonia con la dottrina maggioritaria del tempo – la presunzione dell’art. 448 c.c. sarebbe destinata a trovare applicazione tutte le volte in cui sia controversa una proprietà del singolo bene che si trova sopra il suolo distintamente da quella del suolo. In questo senso, la funzione della norma sarebbe quella di consentire al giudice di accertare la titolarità dei beni che accedono al suolo quando un terzo rivendichi la proprietà del soprasuolo o del sottosuolo in assenza di titolo. Perciò, in assenza di titolo contrario a favore di terzi, stante che il proprietario del suolo esercita un potere anche sul sottosuolo e sul soprasuolo, si riteneva logico e verosimile sostenere che tutto ciò che sia stato fatto sul suolo dovesse ritenersi come opera del proprietario. Conseguentemente, in assenza di diverso titolo, si riteneva logico e verosimile sostenere che quelle opere gli appartenessero; e si riteneva logico anche che le avesse realizzate a sue spese.

Nell’attuale cod.civ. non è sopravvissuta alcuna delle presunzioni anzidette. Nondimeno l’art. 934 c.c. stabilisce, come noto, che qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sul suolo appartiene al proprietario di questo, salvo diverso titolo. Ed oggi come allora, l’istituto dell’accessione si articola in tre ulteriori disposizioni (artt. 935, 936, 937 c.c.) finalizzate a regolare i rapporti tra proprietario del suolo, proprietario dei materiali e prestatore della manodopera per la realizzazione delle opere.

Siccome il legislatore non usa più la formulazione della presunzione, si sostiene oggi che l’art. 934 c.c. costituisce una estensione del principio in virtù del quale la proprietà del suolo si estende al sottosuolo ed allo spazio sovrastante¹¹⁰. E si tratterebbe, allora di una forma di espansione della proprietà, assimilabile in ciò all’unione ed alla commistione, secondo un

¹¹⁰SCOZZAFACA, *La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno; pag. 88.

criterio di prevalenza (*mea res per prevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit*)¹¹¹.

Questa impostazione interpretativa dell'accessione ha un forte mordente logico soprattutto dopo il passaggio dal vecchio al nuovo codice civile. Invero, ancora vigente il codice del 1865, la giurisprudenza, in alcuni casi, aveva già interpretato il fenomeno dell'accessione alla stregua di un'applicazione estensiva dell'allora art. 440 c.c. – che è oggi riproposto dall'art. 840 c.c. -; ma d'altra parte si era anche sostenuto l'inverso, cioè che pure il principio dettato dall'art. 440 c.c. fosse, in realtà, una presunzione.

Ciò detto, occorre preliminarmente considerare che l'art. 840 c.c. non si riferisce alle cose che si trovano sopra il suolo – così invece il vecchio art. 440 c.c. del 1865 - ma soltanto a quelle che si trovano nel sottosuolo. Ed invero, laddove la norma fa riferimento al soprasuolo ciò accade per indicare il potere del proprietario di inibire a terzi attività dannose per il suo diritto. La regola generale sull'accessione non è dunque applicativa dell'art. 840 c.c., si tratterebbe altrimenti di una norma inutile; d'altra parte quando si interpreta in modo estensivo l'art. 840 c.c. intendendo attrarre alla proprietà del suolo tutto ciò che si trova sopra di esso, il riferimento dovrebbe essere fatto a ciò che è incorporato al suolo – secondo quanto stabiliva l'art. 846 del c.c. abrogato -.

È necessario rammentare allora che l'accessione di cui si discute non è solo quella delle piantagioni ma anche l'accessione di mobile ad immobile: il proprietario del fondo è costituito proprietario dei materiali utilizzati per realizzare il bene poi incorporati al suolo, anche se questi materiali siano separabili. Conseguentemente, è ben possibile che il bene in questione in realtà provenga da terzi. Ed è questa la ragione per cui il codificatore del Regno ritenne necessario introdurre una presunzione di esecuzione per di più a proprie spese, delle opere in questione; tale presunzione valeva infatti a giustificare da sola l'attribuzione della proprietà dei materiali al proprietario del fondo.

¹¹¹ TRABUCCHI, op. cit. pag. 595.

Ma per attribuire la costruzione delle opere al proprietario del fondo non occorre utilizzare un ragionamento presuntivo. È sufficiente una constatazione razionale: la realizzazione delle opere rappresenta esercizio del diritto di proprietà. Non si tratta di un ragionamento presuntivo.

Il nuovo codice, perciò, ha giustamente eliminato ogni accenno alla presunzione ed risulta allora più chiaro come la disciplina sull'accessione abbia ad oggetto: 1) il diritto del terzo a chiedere la restituzione dei suoi materiali indebitamente utilizzati dal proprietario del fondo o da un terzo, e comunque ad essere indennizzato ed eventualmente risarcito (artt. 935, 938 c.c.); 2) il diritto del proprietario all'eliminazione delle opere fatte sul suo fondo da terzi (art. 936 c.c.); 3) il diritto del proprietario di ritenere le opere fatte da terzi sul suo fondo con loro materiali (art. 937 c.c.). Ed è con riferimento a quest'ultima ipotesi che l'accessione funziona come un modo di acquisto della proprietà, trattandosi negli altri casi di una constatazione di proprietà.

Lo schema dell'accessione non è perciò di natura presuntiva anche se in passato il legislatore lo annoverava tra le ipotesi di presunzione legale.

Ma chiarito ciò, va detto che la constatazione su cui si regge l'art. 934 c.c., che le opere fatte sul suolo siano riconducibili al proprietario del suolo, non è un dato certo. Occorre rilevare, infatti, che la constatazione su cui si regge la norma è costruita su un'intuizione; anche se tale intuizione è stigmatizzata in una norma.

La presunzione richiamata dal vecchio art. 448 c.c. del 1865 non è dunque del tutto scomparsa; ha cambiato natura.

La norma sull'accessione è un palese esempio di disposizione normativa che ha la proprio *ratio* in una ipotesi, ossia in un'inferenza presuntiva utilizzata fuori dal processo e perciò non verificabile. Si tratta di una scelta legislativa che ha come *motivo* quello di adattare la realtà giuridica alla realtà materiale secondo la probabilità prevalente, ed il cui ambito di applicazione è disegnato dagli artt. 935, 936, 937 c.c.

Perciò, la proprietà delle opere fatte sul fondo, e quindi dei materiali impiegati, appartiene al proprietario del fondo eccetto che tale presa di

posizione della legge non risulti, nel caso concreto, smentita alla radice laddove si dimostri che le opere sono state fatte da terzi; oppure nonostante ciò prevalga ugualmente.

Si tratta di una fattispecie presuntiva.

La conclusione cui giunge la legge è legata ad un'intuizione di origine ipotetica stigmatizzata dal legislatore e sottratta ad ogni valutazione ed al sindacato del giudice. L'interprete non deve verificare le caratteristiche delle circostanze di fatto considerate dalla norma come base strutturale dell'ipotesi. Gli elementi di fatto indicati dalla norma non costituiscono fatto noto da cui ricostruire un'ipotesi di giudizio da applicare al caso concreto. Si tratta di elementi costitutivo di una fattispecie ed a cui l'ordinamento collega l'attribuzione di diritti ed obblighi tra le parti coinvolte. Non è possibile sindacare la correttezza del collegamento tra i dati indice dettati dal legislatore e la conclusione fissata dalla norma.

Il giudizio, e quindi la ricostruzione dei fatti, non può coinvolgere la funzione del fatto indice rispetto al caso concreto. Si può solo verificare se le circostanze di fatto considerate dalla norma siano o meno presenti, oppure se non vi sia nonostante quei fatti, la presenza di un fatto contrario che superi il valore del primo (ad esempio, un titolo diverso).

La disposizione sull'accessione non si distingue per la sua natura dalle ipotesi di presunzione legale in precedenza analizzate alla stregua di disposizioni materiali suppletive.

E tuttavia, la struttura della fattispecie presuntiva è diversa da quelle delle altre norme. La sua funzione rimane sempre quella di disciplinare una situazione giuridica ma, siccome la base di tale disciplina si configura in un'ipotesi, l'interprete deve verificare nel singolo caso concreto la razionalità della sua applicazione.

In altre parole, deve ammettersi un marginale di elasticità della fattispecie che perciò, nonostante l'identità dei dati fattuali, può risultare a volte non applicabile in ragione della inadeguatezza al caso concreto dell'ipotesi sottesa dalla norma.

Non si tratta di indagare le caratteristiche e l'idoneità delle circostanze di fatto su cui si regge l'ipotesi ma di verificare la coerenza dell'ipotesi al caso concreto, nonostante la presenza di tutti gli elementi richiesti dalla norma e nonostante l'assenza di un fatto contrario.

Si consideri che secondo l'art. 936 c.c., anche se le piantagioni, le costruzioni o le opere siano state fatte dal terzo con i suoi materiali, laddove ciò sia accaduto senza opposizione e a scienza del proprietario, la contestualità di tali condizioni, fa sì che le opere si intendano eseguite per volere di quest'ultimo. In quanto esplicazione del suo potere, anche se fatte dal terzo, gli appartengono – forzosamente –. Ed infatti, il terzo che ha fatto quelle opere con l'intento certo di non doverle poi togliere a sue spese non può essere obbligato ad eliminarle; se il proprietario vuole che il terzo le elimini dovrà corrispondergli il costo dell'impresa, diversamente se le deve tenere; diventano sue.

Nonostante sia certo che le opere siano state fatte dal terzo, il valore disciplinatorio dell'intuizione sottesa a motivo della legge, prevale. Ed è proprio questa previsione che dimostra come l'elemento su cui si fonda la norma è la riconducibilità – ipotizzata – delle opere al proprietario del fondo.

Ed è evidente che in questo tipo di disposizione, la matrice presuntiva, pur non essendo indicata dal legislatore, è presente. La sua funzione non è però quella di convincere il giudice ma di definire l'ambito della norma: le opere fatte sul suolo appartengono al proprietario di quest'opera perché è intuitivo che le ha fatte lui o che le ha fatte fare lui.

Non sempre, però, l'intuizione della legge è ragionevole. Non sempre in presenza delle circostanze di fatto pretese dalla norma è possibile accettare che essa produca i suoi effetti; e questa impossibilità di applicare la norma può anche prescindere dalla presenza di un fatto contrario.

Così ad esempio, si potrebbe ritenere non applicabile l'art. 936 c.c. nonostante la mancata opposizione del proprietario alla realizzazione delle opere da parte del terzo, quando ciò avvenga nei rapporti di buon vicinato. A causa di tale relazione di pacifica convivenza, infatti, è da

escludere che possa in concreto applicata l'intuizione normativa secondo cui le opere sono state volute dal proprietario del fondo.

La disciplina dell'accessione, infatti, non tutela solo la buona fede del terzo ma anche del proprietario del fondo, e l'attribuzione della proprietà non è indipendente da una sua manifestazione di potere, anche se soltanto intuita dal legislatore; quella stessa manifestazione di potere che in passato era espressa dalla presunzione di esecuzione a proprie spese dell'opera insistente sul fondo.

Nondimeno, questa valutazione non deve essere oggetto di prova perché non attiene alla ricostruzione del fatto ma alla definizione dell'ambito applicativo della norma. Il giudice non è chiamato a compiere una valutazione circa l'identificazione del soggetto che ha fatto l'opera (come poteva sostenersi in passato ove si fosse riteneva l'accessione una vera presunzione di esecuzione a proprie spese) ma non può esimersi dal constatare la pertinenza dell'ipotesi normativa al caso concreto; la valutazione attiene all'ambito di applicazione della norma.

Si tratta di rintracciare fatti escludenti l'operatività della fattispecie. Fatti che riguardano il suo ambito di applicazione e che non vanno confusi con la controprova o con i fatti impeditivi. Perciò si tratta di fatti che non attengono alla prova del fatto: così come non deve essere provata l'ipotesi sottesa dal legislatore a fondamento della norma, allo stesso modo non deve essere provata l'inapplicabilità di quella ipotesi.

Questa valutazione sulla presenza di fatti escludenti non è pretesa negli stessi termini nelle altre ipotesi già considerate che, nonostante il riferimento letterale alla presunzione, non sono né prove né fattispecie presuntive. Quelle disposizioni non si reggono su un'ipotesi; o sono applicabili oppure non lo sono. Non vi è in esse un margine di elasticità suscettibili di considerazioni che vanno oltre il semplice dato espresso dalla norma ma che tuttavia riguardino il suo ambito di applicazione.

Ciò che è importante capire è che, per verificare l'ambito di applicazione dell'istituto dell'accessione, l'interprete non deve limitarsi a verificare la sussistenza o meno degli elementi della fattispecie ma

può indagare, alla luce del motivo della legge, l'idoneità della norma a regolare la situazione concreta anche se apparentemente tutti gli elementi di fatto da essa considerati sono sussistenti. Non si contesta la ragionevolezza dell'ipotesi né in astratto né in concreto, ma si conclude soltanto che quell'ipotesi non riguarda il caso in esame.

Nell'esempio fatto dei rapporti di vicinato rispetto all'accessione, il fatto escludente è la tolleranza del proprietario del fondo.

Il criterio di identificazione del fatto escludente in questi casi è dato dal *motivo* della legge che giustifica la disposizione normativa. Il fatto escludente è un implicito perimetro del suo campo di operatività

Il fatto escludente è diverso dal fatto impeditivo che costituisce invece – come si vedrà oltre – il perno di valutazione della prova presuntiva.

Ed infatti, il fatto impeditivo è un elemento esterno alla fattispecie che agisce sugli effetti della stessa. Rispetto al fatto noto nella presunzione-prova il fatto impeditivo è quello che agisce sulla sua efficacia dimostrativa. Il fatto escludente, invece, è intrinsecamente sotteso dalla fattispecie, non è esterno ad essa. La sua identificazione attiene all'interpretazione della norma alla luce della sua *ratio* ed è generalmente usato nel procedimento analogico. Nella fattispecie presuntiva la sua funzione si apprezza – per dire così – “in casa”, cioè al di fuori dell'analogia perché la fattispecie presuntiva – come ampiamente detto – ha una *ratio* retta su di una ipotesi e, dunque, è una fattispecie con un certo margine di elasticità.

Non sfugge come tutto quanto detto potrebbe apparire forzato. Del resto, la tolleranza è espressamente presa in considerazione dal legislatore nella disciplina del possesso (art. 1144 c.c.) ed in quel caso la dottrina ha ormai chiaro che si tratta di un elemento impeditivo che agisce perciò dall'esterno sulla sua efficacia e non, invece, sull'ambito di applicazione della norma sul possesso¹¹². Ma questo riferimento, lungi dal contraddire la distinzione tra fatto impeditivo e fatto escludente, conferma quanto sin

¹¹² Per tutti, PATTI, *Le prove*, cit pag. 123. VERDE, *L'onere...* cit. pag. 199. Sul fatto impeditivo in generale cfr quanto detto nel primo capitolo del testo.

qui argomentato. Invero la tolleranza cui fa riferimento l'art. 1444 c.c. riguarda soltanto il titolare del diritto e non anche il terzo agente¹¹³. Non esclude *l'animus possidendi* ed è per questo che agisce dall'esterno.

Nell'esempio delle opere fatta dal terzo con la tolleranza del proprietario, la presenza della tolleranza interviene come fatto che elide dall'interno l'eventuale sussistenza della mancata opposizione e al scienza del titolare del fondo, investendo la buona fede sia di quest'ultimo che del terzo agente. La tolleranza funziona come elemento interpretativo della relazione che si instaura tra il titolare accomodante ed il terzo che realizza le opere¹¹⁴.

4.2 La presunzione di comunione del muro divisorio

Non è prova presuntiva ma *fattispecie presuntiva* anche quella dettata dall'art. 880 c.c. in materia di comunione del muro divisorio posto sul

¹¹³ In senso contrario sembra la posizione di SACCO-CATERINA, *Il possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2000, pagg. 162-163. Nella ricostruzione di questi Autori la tolleranza assume un significato particolare perché corrisponde all'*animus* dell'agente di esercitare un potere che non gli è stato trasmesso o non confida nella tolleranza del proprietario. Perciò, anche se l'assenza di tolleranza non è elemento costitutivo del possesso, tuttavia la presenza della tolleranza è elemento che agisce dentro la *fattispecie* e, segnatamente, sull'*animus* che, in questa impostazione, costituirebbe elemento del possesso (pag. 64); in senso critico cgr. BIANCA, *Diritto Civile VI*, Milano, 1999, pag. 728 e ss.; MASÌ, *La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile*, di retto da Lipari e Rescigno, Milano 2009, pagg. 107, 117.

¹¹⁴ Può emergere una familiarità tra la questione affrontata e quella che si pone nella teoria generale del reato, ove si contrappongono la c.d. tesi tripartita e la c.d. tesi bipartita. Per quest'ultima diversamente dalla prima le cause di giustificazione – scriminanti – sono elementi impeditivi del reato. Per la tesi tripartita, invece, l'assenza di scriminanti è elemento costitutivo del reato. Ne consegue che per l'esistenza del reato occorre provare anche l'assenza di scriminanti. Nella sua evoluzione, la tesi tripartita non giunge più ad affermare che l'assenza di scriminanti sia elemento della *fattispecie* di reato da provare da parte dell'accusa, ma che la presenza di scriminanti esclude l'applicazione della norma incriminante. Di modo che l'assenza di cause di giustificazione circoscriverebbe l'ambito di applicazione della norma penale. Come a dire che l'ordinamento punirebbe chi realizza colpevolmente l'offesa tipica ma che tale non è quella giustificata.

La tesi bipartita è da preferire. Invero, pur in presenza di scriminanti la partecipazione soggettiva dell'autore materiale alla realizzazione del fatto non viene meno – come invece accade nel caso di errore scusabile -, e non viene meno neanche l'offesa tipica. Ciò che viene meno è l'effetto penale della condotta; vale a dire la riprovevolezza sociale della condotta, quindi, l'antigiuridicità; non la sua tipicità allo schema normativo. Le scriminanti sono fatti impeditivi che agiscono dall'esterno della *fattispecie* per ragioni di coerenza del sistema legate a scelte legislative afferenti al bilanciamento degli interessi di volta in volta in gioco.

confine. Si tratta di un'ipotesi di comunione legale di tipo incidentale¹¹⁵, dipendente cioè dalla particolarità della situazione di fatto, indipendentemente dalla volontà dei soggetti interessati. In particolare la situazione considerata è data dalla collocazione del muro, che è sul confine, e dalla sua funzione, che è divisoria. La norma non presume che in considerazione della situazione di fatto suddetta vi sia stata cooperazione nella costruzione del muro posto sul confine¹¹⁶. La comunione in questione, inoltre, non pretende che lo spessore del muro sia distribuito in parti uguali sui due fondi confinanti. Ciò che giustifica la scelta del legislatore è la comunanza di interesse dei proprietari limitrofi circa la funzione divisoria del muro ubicato sul confine¹¹⁷.

Ciò detto, l'utilità del muro divisorio non è oggettivamente apprezzabile – come invece è per la necessaria condivisione del godimento in caso di comunione forzata condominiale. Perciò, anche nel caso della comunione legale dell'art. 880 c.c. la scelta legislativa poggia su un'intuizione: i proprietari di fondi finitimi sono parimenti interessati al muro divisorio, quindi, quel muro è riconducibile in modo eguale alla loro proprietà individuale.

Su questa base, il legislatore ha risolto una situazione di incerta titolarità del bene tenendo conto della unitarietà della situazione plurisoggettiva¹¹⁸.

Questa comunanza di interesse giustifica la comunione legale in questione. Non importa chi abbia costruito il muro, ciò che conta è che alla funzione divisoria corrisponda un uguale interesse dei confinanti.

¹¹⁵ GIUSTI, in *La proprietà e il possesso, Diritto Civile*, cit., pag. 267. PALAZZO, voce *Comunione* in Dig. disc. Priv. pag. 162 e ss.

¹¹⁶ Ma vedi, DE MARTINO, in commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, sub art. 880, pag. 307.

¹¹⁷ Se il muro divisorio non fosse ubicato sul confine ma *al* confine si applicherebbe la diversa disciplina della comunione forzata prevista dall'art. 875 c.c.; se il muro sul confine dovesse avere una funzione diversa da quella divisoria si applicherebbe la disciplina sulla comunione forzata dell'art. 874 c.c.

¹¹⁸ PALAZZO, cit. pag. 163. Tale incertezza non sembra superata dal fatto che il muro sia stato costruito da uno soltanto tra i proprietari, posto che l'esecuzione dell'opera non è titolo di proprietà. In tal senso può essere utile richiamare l'interpretazione della giurisprudenza secondo cui l'eventuale anteriorità di uno degli edifici non è rilevante ai fini della esclusione del regime di comunione dettato dalla legge, Cass. Civ. n. 6034 del 1999.

Perciò, nonostante che la lettera dell'art. 880 c.c. non lo indichi, la comunione è pacificamente riscontrata in giurisprudenza soltanto se al momento di realizzazione del muro divisorio la natura delle entità divise sia la medesima¹¹⁹. Soltanto in questo caso, infatti, vi è un'identità dell'interesse tra i proprietari limitrofi.

Valutare l'identità di questo interesse vuol dire tenere conto del motivo della legge per individuare un fatto escludente della fattispecie. Fatto consistente nella eterogeneità delle entità considerate.

Ed è evidente che il fatto in questione è diverso dal contro-fatto che può essere costituito dall'assenza della funzione divisoria, dall'assenza del requisito dell'ubicazione sul confine, oppure dalla provata titolarità esclusiva del muro divisorio in questione.

4.3 Nelle ipotesi considerate, la logica presuntiva è usata come strumento di formulazione della norma.

Ciò non accade però sostituendo al fatto costitutivo di una fattispecie ordinaria, un diverso elemento consistente nel fatto noto. Invero, se così fosse, la fattispecie presuntiva opererebbe come una fattispecie secondaria e, di volta in volta, dovrebbe allora rintracciarsi la speculare fattispecie primaria. Anzi, proprio la fattispecie primaria denoterebbe l'ambito di applicazione della fattispecie secondaria. Occorre, invece, considerare che esistono nella natura delle cose, dei fatti, delle vicende, che pur meritando una regolamentazione giuridica non possono essere stigmatizzati dentro una fattispecie composta da elementi costitutivi denotabili con certezza e descrivibili in maniera rappresentativa. Si tratta di fattispecie che tengono nascosto il loro nucleo essenziale che è sorretto da fatti di fronte ai quali il legislatore non può identificare l'elemento che produce gli effetti, o perché già passato all'oblio o perché mai manifestatosi, o ancora, perché espressivo di un comando naturale.

¹¹⁹Cass. Civ.sent. n. 14609 del 2007; sent. n. 2102 del 2002; in senso contrario GIUSTI, op. cit. pag. 309.

La presunzione di legittimità

E' quanto accade con la norma dell'art. 232 c.c. che indica il requisito fondamentale per l'attribuzione dello status di figlio legittimo: il concepimento in costanza di matrimonio.

A questa presunzione è poi legata l'altra presunzione di paternità dettata dall'art. 231 c.c., che pur tradizionalmente ritenuta una presunzione relativa¹²⁰, è evidentemente dettata al di fuori da ogni logica induttiva perché *mater semper certa est, pater numquam*. Si tratta di una delle ipotesi già richiamate di disposizioni normative in cui si esprime l'autorità della legge; questa volta in considerazione *favorlegittimitatis*.

Anche la presunzione di concepimento in costanza in matrimonio mantiene un velo di mistero. Basti pensare ai due casi estremi della nascita il centottantunesimo giorno dalla celebrazione, e della nascita al trecentesimo giorno dalla cessazione del matrimonio¹²¹. Nonostante ciò si tratta di presunzione assoluta, non essendo possibile dimostrare che il figlio nato nel periodo indicato non sia stato concepito in costanza di matrimonio¹²².

Ebbene, in questi casi accade che per la costruzione della fattispecie, il legislatore mette in atto gli stessi strumenti propri dell'indagine probatoria, e più precisamente ricorre all'inferenza, collegando un fatto secondario ma percepibile - come la collocazione temporale della nascita - al fatto ignoto che, nel caso in esame, è la collocazione temporale del concepimento. Tutto ciò per poter giungere, mediante l'art. 231 c.c., all'attribuzione della paternità. Si tratta in sostanza di una formulazione induttiva della fattispecie che ha il proprio motivo in una percezione intuita ma non riscontrabile nella realtà.

Ed, infatti, la matrice meramente ipotetica della norma emerge quando non è più in discussione la legittimità del figlio, ma l'esistenza della

¹²⁰ Per tutti basti il riferimento a TRABUCCHI, cit. pag. 396.

¹²¹ CATTANEO, *Filiazione legittima*, in commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, pag. 53.

¹²² CATTANEO. Ult. cit. pag. 54, chiarisce che non vale certo a mettere in discussione la natura di presunzione assoluta dell'art. 232 c.c. quanto dispone l'art. 234 c.c. che, infatti, è anch'esso finalizzato a provare la legittimità e non può certo essere usato per disconoscerla.

persona ai fini ereditari (art. 462, 2° comma c.c).¹²³. In questo caso, la presunzione in esame viene declassata dal legislatore in una presunzione relativa.

Tutto ciò premesso, appare evidente che la collocazione temporale della nascita non è un fatto noto univocamente diretto ad individuare il momento del concepimento. Lo dimostra la stessa elasticità del termine individuato dal legislatore (tra i centottanta giorni dal matrimonio ai trecento dopo). E, *voxpopuli* afferma anzi che la nascita ad appena sei mesi dalla celebrazione indica, senz'altro una consumazione del rapporto precedente ai sacri riti.

Anche in questo caso non c'è presunzione ma scelta legislativa di base ipotetica. La fattispecie dell'art. 232 c.c., infatti, non è finalizzata all'accertamento di un fatto ignoto ma a stabilire degli effetti in considerazione di un'ipotesi formulata dal legislatore mediante un procedimento che prende in prestito la logica probatoria. Ed ancora una volta si tratta, dunque, di delineare il corretto ambito di applicazione di una fattispecie presuntiva che pur introdotta sotto la veste di presunzione legale assoluta, e contro cui sembra non esservi azione, rivela un ambito di applicazione elastico su cui probabilmente è il caso di interrogarsi, magari utilizzando gli stessi riferimenti indicati dall'art. 235 c.c. in tema di azione di disconoscimento della paternità.

La presunzione di colpa del debitore

È opinione generalmente condivisa dagli interpreti contemporanei che l'art. 1218 c.c. detti una presunzione di colpa del debitore inadempiente¹²⁴. L'affermazione postula una ricostruzione della vicenda dell'inadempimento in termini di responsabilità soggettiva analoga – per questo verso - alla responsabilità da illecito aquiliano ma distinta in punto di onere della prova¹²⁵.

¹²³ TRABUCCHI, *Isituzioni*, cit. pag. 397;

¹²⁴ Per tutti vedi PATTI, *La prova...* op. cit. pag.155 e ss.

¹²⁵ In generale sull'argomento: BIANCA *La responsabilità*, in *Diritto Civile V*, Milano 1999; DI MAJO, *La tutela dei diritti*, Milano, ristampa 2003; GAZZONI, *Manuale*, cit.,

Per affrontare la questione della presunzione di responsabilità è necessario dunque analizzare le ragioni della colpa del debitore in modo da ricercare la massima d'esperienza su cui essa si fonda.

L'art. 1218 c.c. indica il limite della responsabilità del debitore inadempiente nell'impossibilità non imputabile della prestazione. Tenuto conto di quanto dispone l'art. 1256 c.c., il debitore sarebbe libero da responsabilità soltanto in caso di impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione indipendente dalla sua colpa. Rientrerebbe dunque in obbligazione anche l'impegno del debitore a preservare l'interesse del creditore da cause esterne e sopravvenute di impossibilità.

Si tratta, evidentemente di un regime di responsabilità molto rigido, che tende all'oggettivazione nella misura in cui sancisce la responsabilità del debitore per il suo semplice inadempimento; vale a dire per la sola in esecuzione della prestazione dovuta in quanto oggettivamente possibile. Il debitore sarebbe responsabile anche in caso di impossibilità oggettiva, salvo dimostri la natura fortuita della sopravvenienza (art. 1256 c.c.)

In caso di impossibilità non evitabile il debitore sarebbe immune dall'obbligo di risarcire il creditore insoddisfatto in virtù dell'estinzione del vincolo obbligatorio (art. 1256 c.c.).

E tuttavia, si è osservato che alla luce di quanto dispone l'art. 1176 c.c., il debitore dovrebbe sfuggire da ogni responsabilità da inadempimento fornendo la prova di aver agito secondo lo standar di diligenza richiesto¹²⁶. In questo modo, la diligenza supera la sua natura di semplice modalità dell'adempimento e si inserisce in obbligazione quale contenuto della prestazione dovuta.

Per questa via si attenua il rigore dell'art. 1218 c.c. e si concilia la responsabilità da inadempimento con la regola dettata dall'art. 1176 c.c., invero inserita nella diversa disciplina dell'adempimento. Grazie al primato della diligenza quale componente dell'obbligo primario di

GIORGIANI, voce, *Inadempimento*, in *Digesto*, Dics.Priv. 1959. MENGONI; *Responsabilità contrattuale* in *Enc Dir.* 1988; OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, *Riv. Trim. dir. eproc. Civ.*, 1954.

¹²⁶ BIANCA, che ricorre tal proposito al diritto vivente e alle pratiche interpretative della giurisprudenza; GIOGIANNI, cit..

prestazione si è elaborato il concetto di “inesigibilità” da affiancare a quello di impossibilità assoluta ed oggettiva della prestazione.

La formula della inesigibilità, analogamente all’impossibilità incolpevole della prestazione, sarebbe investita della funzione liberatoria del debitore dal vincolo di prestazione.

È proprio grazie al concetto di inesigibilità della prestazione che si introduce per via d’interpretazione, il modello di responsabilità soggettiva del debitore. Il debitore, infatti, sarebbe tenuto ad adempiere al proprio obbligo entro il limite di esigibilità modellato sulla clausola generale di buona fede.

in questo contesto, laddove la prestazione rimanga inadempita e il creditore, dunque, insoddisfatto, il debitore sfuggirebbe nondimeno da responsabilità fornendo al prova di aver agito diligentemente. La prova della diligenza dimostrerebbe, gioco forza, che la prestazione non è esigibile, perché se lo fosse stata la condotta diligente del debitore avrebbe certamente avuto successo.

Il parametro per misurare l’obbligo di diligenza è rintracciato nel canone generale della buona fede..

Ne consegue una coincidenza strutturale tra diligenza e adempimento. Se c’è diligenza non vi è inadempimento. E siccome l’opposto della diligenza è la negligenza – da intendersi come colpa in senso stretto – l’inadempimento implica la colpa mentre la diligenza la esclude.

In questo modo peraltro, seppur non si intende affermare l’identità materiale tra condotta diligente ed adempimento, è evidente che la diligenza accresce enormemente la sua funzione, fino a quel momento intesa quale criterio di valutazione dell’esattezza della prestazione - con particolare riferimento alle ipotesi di inadempimento relativo- .

Questa ricostruzione della responsabilità contrattuale muove dall’esigenza di mitigare il rigore della nozione di impossibilità oggettiva e assoluta intesa in senso naturalistico, così come sembrerebbe emergere dal contesto letterale degli artt. 1218 e 1256 c.c.

Tuttavia, l'allargamento dei confini della impossibilità, ove generalizzato, è pagato al prezzo di un eccessivo sacrificio dal lato del creditore¹²⁷.

Ed infatti, il debitore potrà essere esonerato da responsabilità non solo in caso di fortuito, ma anche quando la prestazione pur essendo possibile risulti inesigibile.

L'effetto immediatamente percepibile di questa impostazione è – come già detto – che la responsabilità del debitore si colora di soggettività, assumendo la negligenza a suo requisito necessario; l'ulteriore conseguenza è che si determina una simmetria concettuale tra inesigibilità e diligenza. Nei fatti si giunge - malgrado le intenzioni- ad una identificazione tra contenuto della prestazione e modalità di sua esecuzione; tra misura dell'esatto adempimento e criterio di attribuzione della responsabilità.

Questa relazione è però il frutto di una suggestione, ed infatti, un conto è l'esigibilità, che attiene all'oggetto della prestazione, che è o meno esigibile perché inclusa, secondo buona fede, nel contenuto dell'obbligazione. Altro conto è la diligenza, che attiene al modo in cui il debitore adempie e non può esaurire il contenuto dell'obbligo debitorio.

Occorre a questo punto riconsiderare la responsabilità del debitore.

E va innanzitutto rilevato come la rigidità del sistema codicistico potrebbe trovare una sufficiente giustificazione già nella volontarietà del vincolo assunto dal debitore. La matrice negoziale della responsabilità comporta che il debitore non può ritenersi liberato dal suo obbligo solo perché dà la prova di essere stato corretto e diligente.

All'obiezione secondo cui la responsabilità del debitore disegnata dagli artt. 1218 e 1256 c.c. avvicinerrebbe – ove non interpretato soggettivamente – il sistema dell'inadempimento al modello della garanzia, si è risposto facendo notare come tale assimilazione sia smentita proprio dal fatto che il debitore non risponde allorquando i fatti e le

¹²⁷ MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit. n. 3

circostanze che hanno reso impossibile la realizzazione dell'interesse del creditore, siano imprevedibili ed esterne al contenuto del rapporto¹²⁸.

D'altra parte, anche in punto di risarcimento del danno, la responsabilità del debitore non è illimitata. Anzi il codice detta - salvo, ovviamente le ipotesi di inadempimento doloso - il criterio della prevedibilità del danno. Di modo che la possibilità per il debitore di preventivare, al momento dell'assunzione del vincolo, il rischio del proprio inadempimento, laddove espressamente presa in considerazione dall'ordinamento (art. 1225 c.c.), giustifica un sistema di responsabilità che si regge sul semplice inadempimento- preventivo prescindendo dalla colpa.

E non è un caso che il criterio dettato dall'art. 1225 c.c. non sia richiamato, invece, dall'art. 2056 c.c. in tema di responsabilità aquiliana. La responsabilità del danneggiato, infatti, da un lato è del tutto svincolata da un legame pregresso tra i soggetti coinvolti, di modo che sarebbe del tutto fuori luogo il criterio della prevedibilità del danno, dall'altro è certamente colposa e non può allora prescindendo dalla funzione latamente sanzionatoria della responsabilità da illecito aquiliano¹²⁹.

Così, contro il modello della responsabilità soggettiva si sono registrate prese di posizione nettamente schierate sul fronte dell'impossibilità assoluta in senso naturalistico quale solo limite della responsabilità del debitore¹³⁰.

A fronte di ciò vi è stato chi, pur ammettendo la chiarezza del dato normativo scaturente dagli artt. 1218 e 1256 c.c., ha sostenuto l'esistenza di due sistemi di responsabilità da inadempimento. Quello delineato dall'art. 1218 c.c. sul modello dell'impossibilità assoluta; quello previsto per le ipotesi in cui il debitore è tenuto ad una regola di condotta diversa da quella di preservare la possibilità all'adempimento e, segnatamente, ad

¹²⁸ DI MAJO, *La tutela dei diritti*, cit., pag. 200 -201. Nel senso inverso, vedi invece GIORGIANNI op. cit. n. 19.

¹²⁹ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, ristampa 1999, pag. DI MAJO, op. cit. pag. 173, pag. 246.

¹³⁰ OSTI, Riv. Trim. dir. eproc. Civ., 1954, pag. 593 ss.

uno specifico obbligo di diligenza (esecutore testamentario, mezzadro, mandatario, usufruttuario...)¹³¹.

In questi casi la diligenza non indicherebbe soltanto la modalità dell'adempimento ma sarebbe anche il criterio espresso di attribuzione della responsabilità da inadempimento.

Ma neanche questa impostazione è invero sufficiente a dimostrare che la diligenza sia un criterio di attribuzione della responsabilità da inadempimento.

Nelle ipotesi di c.d. prestazione di diligenza - o obbligazioni di mezzi -, la diligenza non ha rilievo sotto il profilo della responsabilità. In queste ipotesi, infatti, l'osservanza della diligenza basta ad escludere la responsabilità perché esclude il fatto stesso dell'inadempimento¹³² non perché esclude la colpa. Ciò in quanto la diligenza, in quei casi, assurge a criterio di determinazione dell'oggetto della prestazione e non a criterio di responsabilità.

E d'altra parte si è definitivamente chiarito come anche nelle c.d. obbligazioni di diligenza il contenuto della prestazione non possa prescindere dal raggiungimento di un risultato¹³³ per il creditore e di come la diligenza non coincida con l'adempimento.

Ma chiarito ciò, va ulteriormente ribadito che al di fuori delle ipotesi di obbligazioni di mezzi – assunte con la precisazioni anzidetta -, la diligenza non è essa stessa un comportamento - ancorché strumentale - ma un

¹³¹ GIORGIANNI, op. cit. n. 21 e 22. Si tratta di ipotesi considerate anche da VERDE, *L'onere...* op. cit. pag. 283, che nell'accogliere la tesi della responsabilità per colpa, ammette l'esistenza della presunzione di colpa come fatto costitutivo presunto.

¹³² BIANCA, op. cit. pag. 89. MENOGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, Riv. Dir. civ. e comm. 1954, pagg 204- 205 e. 378.

¹³³ MENGONI, *Obbligazioni* op. cit. pag. 189 chiarisce come nelle obbligazioni di mezzi, l'oggetto del diritto del creditore è la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di soddisfacimento dell'interesse primario del debitore. Cfr. Cass. Civ. SS.UU. N. 577/2008, su cui vedi PIRAINO, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi ovvero dell'inadempimento controvertibile e dell'inadempimento incontrovertibile*, in Europa e dir. priv. 2008, pag. 94 e ss.; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e Resp.*, 2008 pag. 871.

modello di comportamento rispetto al contenuto concreto del dovere di prestazione delineato secondo buona fede¹³⁴.

Il fatto è che il debitore è tenuto ad adempiere in modo diligente per eseguite il contenuto dell'obbligazione e nel fare ciò è tenuto anche a preservare la possibilità di adempimento. La condotta diligente non implica di per sé l'adempimento dell'obbligazione perché non può valere da sola a realizzare il risultato – od il segmento di risultato – dovuto.

Nello statuto della responsabilità da inadempimento la diligenza è presa in considerazione soltanto come parametro per verificare l'esattezza dell'adempimento e come criterio d'imputabilità dell'impossibilità della prestazione in caso di inadempimento assoluto.

Così chiariti i termini della questione, occorre ulteriormente considerare che l'impossibilità della prestazione cui si riferisce l'art. 1218 c.c. è, invero, impossibilità dell'adempimento in quanto non dedotta in obbligazione secondo buona fede. E questa valutazione di impossibilità, in quanto sorretta dalla buona fede, non esaurisce i propri orizzonti nella impossibilità assoluta ma li estende fino a ricomprendere l'impossibilità relativa. È tale l'impossibilità che tiene conto della base negoziale intesa come l'insieme delle circostanze considerate dalle parti nel concreto regolamento contrattuale. L'impossibilità relativa non va confusa con l'impossibilità soggettiva che, in quanto legate alle condizioni personali del debitore e alla sua potenzialità o difficoltà all'adempimento, non può essere presa in considerazione, venendo altrimenti meno la serietà del vincolo negoziale.

Se le osservazioni svolte si ritengono ragionevoli da un punto di vista logico ed ammissibili da un punto di vista giuridico, allora sarà possibile riconsiderare il concetto di esigibilità.

L'esigibilità deve essere ricostruita come una sottospecie dell'impossibilità ed attiene, quindi, al contenuto del rapporto obbligatorio¹³⁵, potendo restringere od ampliare la posizione d'obbligo del

¹³⁴ MENGONI, ult. cit. pag. 187..

¹³⁵ MENGONI, op. ult. cit. pag. 283.

debitore. L'esigibilità si misura allora sulla base della buona fede e non sulla diligenza; non afferisce perciò alla colpevolezza del debitore inadempiente ma al contenuto effettivo dell'obbligo di prestazione.

Determinato l'oggetto della prestazione possibile alla stregua del canone di buona fede, il debitore risponde dell'inadempimento a prescindere dall'entità dello sforzo necessario per il compimento degli atti dovuti.

La responsabilità non è misurata con il criterio della colpa ma in base alla possibilità o meno della prestazione. E che l'anzi indicato limite della possibilità relativa sia insita nel nostro sistema di responsabilità civile è dimostrato dall'art. 1257 c.c. Tale norma prevede quale ipotesi di impossibilità liberatoria lo smarrimento della cosa, indipendentemente dalla prova del suo perimento; e si tratta senza dubbio di una impossibilità lontana dalla nozione d'impossibilità assoluta e naturalistica¹³⁶.

In base a quanto argomentato, quando si afferma che il debitore si libera se la prestazione è inesigibile, mancando di colpa, si dice qualche cosa di inesatto. La prestazione inesigibile, infatti, non è in obbligazione e il debitore perciò è libero perché manca il presupposto stesso dell'inadempimento.

Il problema della responsabilità del debitore allora non afferisce alla colpa dell'inadempimento ma alla giusta dimensione del contenuto della prestazione: al "se" il debitore chiamato ad adempiere sia tenuto ad eseguire la condotta in concreto pretesa.

Spostando l'attenzione sul problema probatorio, si può affermare che la colpa non va considerata come un elemento costitutivo della responsabilità del debitore ma, nel solo caso di impossibilità assoluta, e congiuntamente ad essa, l'assenza di colpa è fatto estintivo del vincolo.

Continuando va ulteriormente detto che, l'inesigibilità della prestazione secondo buona fede è controprova alla pretesa del creditore; la prestazione, infatti, non è invero dovuta, alla stessa stregua di quanto accade quando si dimostra l'insussistenza del vincolo.

¹³⁶ MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit. n. 4.

Tutto ciò chiarito, la presunzione di colpa che si ritiene di rintracciare nell'art. 1218 c.c. non esprime una conclusione accettabile.

Dire che quando vi è colpa/negligenza vi è sempre responsabilità – sia nel caso di prestazione oggettivamente impossibile, sia nel caso di prestazione possibile - non equivale a dire che l'assenza di colpa/diligenza esclude sempre la responsabilità e che, quindi, la colpa è elemento necessario di questa.

Invero, in caso di inadempimento assoluto, è il fortuito che esclude la responsabilità non l'assenza di colpa, che è solo un elemento del fortuito. Al massimo può dirsi che la presenza di colpa esclude il fortuito. Ma ciò non consente di sostenere che la responsabilità si fonda sulla colpa: si fonda sull'assenza del fortuito.

Anche quando l'inadempimento non è relativo la negligenza non è il fondamento della responsabilità, quanto piuttosto il criterio per verificare se vi è realmente inesattezza dell'adempimento.

In sostanza la proposizione logica per cui:

- i) il negligente – è inadempiente
 - ii) l'inadempiente – è responsabile
 - iii) il negligente – è responsabile
- e quella per cui
- i) l'adempiente – non è responsabile
 - ii) il diligente – è adempiente
 - iii) il diligente – non è responsabile

non corrispondono alla proposizione

- i) la negligenza – è colpa
- ii) l'inadempiente – è negligente
- iii) l'inadempiente – è in colpa

la diligenza e la negligenza, infatti, non sono validi termini di congiunzione e non possono fondare una premessa generale in quanto nel sistema della responsabilità anche il diligente/non negligente può essere chiamato a rispondere per inadempimento.

L'art. 1218 c.c. non contiene perciò una presunzione di colpa ma presuppone la possibilità, e quindi l'esigibilità, della prestazione richiesta dal creditore al debitore.

Si tratta di una fattispecie basata sulla considerazione per cui il referente della doglianza creditoria è l'oggetto della prestazione esigibile secondo buona fede e comunque possibile.

Il parametro della buona fede, come criterio di determinazione dell'oggetto della prestazione, rappresenta l'indice di elasticità della fattispecie.

Nella disposizione dettata dall'art. 1218 c.c. si può rintracciare perciò un'ipotesi di fattispecie presuntiva che ha il proprio motivo nella postulata coincidenza tra la prestazione asseritamente inadempita e quella possibile ed esigibile. Se si vuole si può anche dire che si tratta di una presunzione di possibilità delle prestazione lasciata inadempita.

Ma ciò che importa è fare rilevare come, grazie al parametro legale della buona fede, l'interprete possa indagare e verificare la riconducibilità della pretesa creditoria all'ambito oggettivo dell'obbligazione, ed eventualmente rigettare la pretesa creditoria ritenendo superato l'ambito del rapporto e quindi l'ambito applicativo dell'art. 1218 c.c.¹³⁷.

La responsabilità de inadempimento non è perciò sorretta da una presunzione ma ha in una presunzione del legislatore espressa quale mero motivo della legge la propria matrice. In considerazione di ciò, quando si offre prova della inesigibilità della prestazione si indica non un fatto contrario all'inadempimento ma la non applicabilità dell'art. 1218 c.c.

In altri termini, posto che il creditore che agisce contro il convenuto per lamentare la lesione di un proprio diritto dovrebbe dare la prova che il

¹³⁷ È in questo senso che vanno considerate le prese di posizione della Cass. Civ. quando afferma che << La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto dagli "specifici" obblighi contrattuali, quanto del dovere extracontrattuale del *neminem laedere*>>, Cass. civ. nn. 3185/2003; 264/2006.

comportamento del convenuto ha leso proprio la pretesa sottostante al suo credito, l'art. 1218 c.c. include questa circostanza come presupposto implicita nella fattispecie. L'eventuale dimostrazione che non sia così non è controprova alla pretesa del creditore, né prova del fatto estintivo, ma attiene all'applicabilità o meno dell'art. 1218 c.c.¹³⁸

5. Escluso che il fenomeno fin qui descritto si inserisca nel procedimento che conduce alla formazione del convincimento del giudice e che, quindi, le ipotesi menzionate siano presunzioni probatorie, va detto che esse consentono tuttavia l'inquadramento giuridico del fatto. La loro applicazione, infatti, supera il dubbio e, dunque, l'impossibilità dell'accertamento; ma lo fa fuori dal processo con una norma di disciplina sostanziale che non è manifestamente costruita sul rapporto fatto noto-fatto ignoto.

Le disposizioni considerate consentono, invero, di chiarire quale sia il rapporto che intercorre tra la realtà materiale e quella normativa, e permettono al giudice di decidere sul fatto attraverso un normale procedimento di applicazione della legge: l'unico accertarlo giuridico da compiere afferisce all'ambito di applicazione della norma.

È alla luce di questa considerazione che non si ritiene condivisibile l'impostazione unanimemente sostenuta dalla dottrina moderna, secondo cui le presunzioni legali relative condividerebbero la stessa natura della regola sull'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. A questa ricostruzione si è fatto variamente cenno nelle pagine precedenti, per cui ci si soffermerà brevemente solo sulle considerazioni che si ritengono

¹³⁸ Sulla questione, con preciso riferimento all'onere della prova ed alla sussistenza di una presunzione di colpa, in senso contrario MICHELI, *L'onere*, cit. pag. 366, 450; in senso favorevole VERDE, *op. ult. cit.* pagg. 282- 283. Quest'ultimo Autore ricorre all'ipotesi disciplinata dall'art. 1218 c.c. per argomentare peraltro come la presunzione non indichi l'inverso di un fatto impeditivo quanto un elemento costitutivo della fattispecie suscettibile di controprova. Sullo sfondo di questa considerazione vi è anche una critica a Sacco (*Presunzione...cit*), laddove si contesta che il fatto impeditivo sia semplicemente l'inverso di un elemento della fattispecie (nell'ottica della simultaneità) e si dimostra invece come il fatto impeditivo sia, più precisamente, controprova (pagg. 220 ss.; 281).

necessarie per inquadrare l'argomento nell'impianto argomentativo fino a qui delineato.

Coloro che sostengono la tesi dell'assimilabilità tra presunzioni legali e regola sulla ripartizione dell'onere della prova, precisano come dette presunzioni facciano riferimento ad elementi estranei alla fattispecie, modificando il tema della prova per favorire un determinato interesse giuridico¹³⁹. E giungono a qualificare queste presunzioni come improprie ammettendone l'estraneità dal modello delineato dall'art. 2727 c.c.¹⁴⁰.

Si afferma comunemente che le presunzioni in questione invertono il normale onere probatorio, traslando il rischio della mancata prova dall'una all'altra parte a seconda della modificazione che essa produce sulla struttura della fattispecie¹⁴¹. La fattispecie risulterebbe modificata perché al fatto costitutivo classico si sostituirebbe il fatto noto cui la legge ricollega l'esistenza del fatto costitutivo ignoto.

Si tratterebbe però di una surroga della fattispecie soltanto a fini processuali e non della creazione di una nuova fattispecie materiale.

Questa impostazione di matrice nettamente processualista, esclude dunque che le presunzioni legali possano rivestire una funzione sostanziale. La loro funzione sarebbe soltanto quella di dettare una regola di tipo deontologico, rivolta al giudice, stabilendo quale parte sia onerata di dare la prova di un determinato fatto, e come debba essere decisa la controversia nell'ipotesi di mancato assolvimento dell'onere probatorio¹⁴².

¹³⁹ ANDRIOLI, Presunzione, cit. pag. 767; FABBRINI, cit. pag. 283; PALZZO, cit. pag. 270-271.

¹⁴⁰ PATTI, *Le prove*, cit. pag. 133 e ss.

¹⁴¹ LUISO, Diritto proc. Civ. cit. pag. 80-81. Anche se di vera modifica della fattispecie la dottrina che si è occupata espressamente della presunzioni, parla soltanto con riferimento alle presunzioni assolute; per tutti vedi CARNELUTTI, *Lezioni*, cit. pag. 341 e ss, laddove parla di "norme materiali indirette"; FABBRINI, cit. pag. 281.

¹⁴² ANDRIOLI, Presunzione. cit. pag. 768; AUGENTI, Bologna, Soc. Ed Foro It., *L'onere della prova*, 1932, pag. 122 e ss. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit. pag. 350-351; SACCO, Presunzione, *natura costitutiva o impeditiva...*, cit. pag. 409, secondo cui «non si deve vedere nella presunzione qualcosa di più che la semplice necessità di provare il fatto opposto a quello presunto».

Si tratta della più volte richiamata – e criticata – tesi dell'assimilazione del fatto impeditivo nell'inverso del fatto presunto, lungo la scia della concezione della semplificazione della fattispecie.

Nel solco di questo impianto teorico, il sistema della presunzioni legali assolverebbe alla funzione di favorire una determinata parte mediante la ripartizione degli oneri probatori, in applicazione del criterio dell'interesse maggiormente rilevante¹⁴³. Gli artt. 2727 e 2728 c.c. opererebbero in necessaria sintonia con l'art. 2697 c.c. che interverrebbe rispetto a gradi di tutela diversi da quelli coperti con la regola presuntiva.

La sede delle presunzioni legali, dunque, sarebbe necessariamente quella processuale. È in seno al processo che il criterio dell'interesse prevalente, sotteso dalla presunzione, si attua grazie all'effetto di dispensa della prova. Non sarebbe, dunque, la base probabilistica o logica a fondare le presunzioni che essendoprimarymente illazione del legislatore non svolgono alcun ruolo ai fini della formazione del convincimento del giudice¹⁴⁴. Analogamente all'art. 2696 c.c., le presunzioni legali consentirebbero al giudice la risoluzione della controversia malgrado la persistente incertezza sul fatto ignoto, ossia quando la parte onerata non abbia dunque raggiunto la prova.

Percorrendo questo filone interpretativo, si osserva – quasi conclusivamente – che laddove le presunzioni legali ripartiscono l'onere della prova, finiscono con lo stabilire quali conseguenze giuridiche dipendono dalla mancata prova del fatto opposto a quello presunto, che viene identificato con il fatto impeditivo¹⁴⁵.

La concezione processualistica raggiunge un risultato in parte analogo a quello della concezione sostanzialistica che – come detto – vede nelle presunzioni norme di disciplina costruite secondo uno schema alternativo a quello principale.

Entrambe le impostazioni escludono che le presunzioni abbiano una funzione probatoria, finalizzata alla formazione del convincimento del giudice. Ma a parte ciò, le due concezioni sono agli antipodi. Quella sostanziale ammette una funzione processuale soltanto indiretta alla

¹⁴³ PALZZO, op. cit. pag. 270 e ss.

¹⁴⁴ ANDRIOLI, ult. cit. pag. 768; SACCO, ult. cit. pag. 408.

¹⁴⁵ SACCO, *Presunzione...* cit. pag. 408, 411. L'A. critica perciò sia Chiovenda che Micheli i quali escludono che le presunzioni legali afferiscano all'onere della prova riconoscendone invece la natura di norme materiali.

presunzione legale, nella misura in cui, incidendo sulla struttura della fattispecie, indica l'elemento che deve essere provato; la concezione processuale esclude, invece, ogni funzione di disciplina sostanziale alle norme che dettano presunzioni legali.

5.1 I richiami sostanziali della tesi processualistica si declinano in modo riflesso: o in diretta conseguenza del meccanismo di ripartizione della prova; o in considerazione del *favorlegis* assegnato all'interesse preferito da questa tecnica di riparto.

Sotto il primo aspetto, si è affermato che la presunzione legale consente di individuare i fatti impeditivi della fattispecie – inversi a quello presunto¹⁴⁶ o, in senso diverso, consente di rintracciare il fatto contrario rispetto a quello inserito come fatto costitutivo della fattispecie¹⁴⁷. In ogni caso – come appena detto - la presunzione indicherebbe l'oggetto della controprova. E si tratta di un'impostazione che nella sua massima evoluzione, ha fatto autorevolmente constatare l'esistenza di c.d. schemi tipici di fattispecie ricostruite per via giurisprudenziale mediante il ricorso stereotipato a presunzioni semplici, con l'obiettivo precipuo di ottenere gli stessi risultati delle presunzioni legali in punto di ripartizione e di semplificazione degli oneri della probatori¹⁴⁸.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la tesi della presunzione quale strumento di attuazione del “criterio dell'interesse prevalente” troverebbe il massimo sostegno nell'art. 1147 c.c. Come noto, la norma stabilisce che la buona fede possessoria consista nell'ignoranza non gravemente colposa di ledere l'altrui diritto; che è sufficiente sussista al momento dell'acquisto del possesso e che si presume (fino a prova contraria).

La buona fede segna lo spartiacque tra due diversi livelli di tutela del possesso distinguendosi appunto tra il possessore qualificato dalla buona fede e quello privo di tale sostegno. La buona fede è anche il criterio

¹⁴⁶ FABBRINI, *Presunzione*, cit. pag. 283 ss. SACCO ult. cit. pag. 418.

¹⁴⁷ VERDE, op. cit. pag. 282.

¹⁴⁸ TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in Riv. Trim. dir. proc. Civ. 1992, pag. 733 e ss-

prescelto dal legislatore per accordare tutela a chi diventa possessore *non domino* di beni mobili (art. 1153 c.c.) o di beni immobili (1159 c.c.). Mediante la buona fede il legislatore attua il bilanciamento tra l'interesse soggettivo particolare del titolare del diritto e quello generale alla sicurezza del traffico giuridico.

Si discute se la buona fede possessoria presunta in base all'art. 1147 c.c. sia la stessa buona fede presa in considerazione dall'art. 1153 c.c. Secondo una nota ricostruzione teorica¹⁴⁹ di senso negativo la buona fede possessoria dell'art. 1147 c.c. e quella indicata nell'art. 1153 c.c. avrebbero una diversa struttura. La prima forma di buona fede offre una tutela incondizionata da elementi esterni contingenti, e protegge il possessore senza titolo, intervenendo tra le parti del rapporto. La seconda forma di buona fede, invece, è circostanziata da elementi esterni, dipendendo dalla presenza di un titolo di possesso dell'alienante e perciò, dall'apparenza di titolarità di quest'ultimo. Questa distinzione strutturale tra buona fede possessoria e buona fede negli acquisti a non domino è stata criticata da altra dottrina¹⁵⁰ che sostiene, invece, l'unitarietà della

¹⁴⁹ SACCO, *La presunzione di buona fede*, in Riv. Dir. civ. 1959, pag. 29. cfr, anche PALAZZO, *Presunzione*, cit. pag. 270.271.

¹⁵⁰ MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, pagg. 325, e 352- 354, anche in Digesto, disc. priv. pag. 81. Per l'A. la distinzione tra buona fede possessoria e buona fede negli acquisti *a non domino* non è condivisibile laddove sfocia nella inammissibile unificazione degli acquisti *a non domino*. Invero, tali acquisti a volte hanno natura di acquisto a titolo originario (come nel caso dell'art. 1153 c.c.), altre di acquisto a titolo derivativo (come nel caso dell'art. 534c.c. o 1415 c.c.). Nelle prime ipotesi la buona fede sarebbe un fatto costitutivo non bisognoso di prova, nelle altre ipotesi la buona fede non sarebbe un fatto presunto quanto piuttosto la mala fede un fatto impeditivo.

Occorre però segnalare che, con riferimento alle ipotesi di acquisto *a non domino* "derivativo" e di buona fede sostenuta da una situazione di affidamento generata dal terzo (che il cod. civ. indica con il termine di "apparenza"), secondo l'impostazione maggiormente seguita la buona fede sarebbe elemento costitutivo bisogno si essere provato e non suscettibile di applicazione dell'art. 1147 c.c. SACCO, cit. pag. 13- 14; 250 e ss.

Sul rapporto tra apparenza e possesso ved. PUGLIATTI, *La trascrizione*, vol. I in Trattato di dir. civ. diretto da Cicu- Messineo, 1959, pag. 259. L'A. chiarisce che la buona fede è giuridicamente tutelata in due ipotesi: quella del puro stato soggettivo e quella dello stato soggettivo sostenuto da un elemento soggettivo. Nel caso dell'art. 1153 c.c. l'investitura del diritto è data dal possesso e dalla buona fede, ma la buona fede non è tutelata a causa del fatto contingente dell'apparenza asseritamente prodotta dal possesso dell'alienante. Il possesso dell'alienante, infatti, non è richiesto dalla norma come non è richiesta la legittimità della provenienza del titolo. La buona fede, invece, è richiesta al momento della consegna in un momento successivo alla formazione del

categoriadella buona fede possessoria e l'estensione dell'art. 1147 c.c. anche all'ipotesi dell'art. 1153 c.c.

Nondimeno, in ragione delle differenze riscontrabili tra l'ipotesi presuntiva dell'art. 1147 c.c. e quella dell'art. 1153 c.c. si è ritenuto di identificare nella buona fede uno strumento di graduazione per forme di tutela diverse alla sicurezza del traffico giuridico, e nella presunzione il veicolo attraverso cui attuare tale distinzione.

In questa prospettiva, si è precisato che, in applicazione del criterio del *favorlegis*, “se il legislatore circonda di particolari cautele la protezione della buona fede, ciò significa che la buona fede non è tutelata se non in via singolare, mentre, se la tutela della buona fede non è lata ed incondizionata, la buona fede stessa deve essere ritenuta senza che ne sia portata la prova” E si è ulteriormente detto che “quanto più rigoroso è il legislatore nell'esigere fatti concomitanti giustificativi della buona fede, tanto più è probabile che la mala fede si presuma” e la buona fede, invece, viene quindi da aggiungere - deve essere provata. Quando però il legislatore offre alla buona fede una tutela incondizionata, non lo fa perché è probabile che essa esista ma perché sceglie un interesse prevalente. Non esige infatti che essa “si fondi su fatti concomitanti giustificativi univoci e gravi”¹⁵¹.

La ricostruzione di Sacco si conclude dunque, con l'ammissione che la presunzione di buona fede possessoria non si regge su un rapporto di probabilità logica, mentre la disposizione dell'art. 1153 c.c. sarebbe costruita sulla probabile esistenza della mala fede, implicando, per converso, la necessaria prova della buona fede.

Così chiariti i termini della questione, dovrebbe risultare chiaro che la presunzione dell'art. 1147 c.c. è solo uno strumento per attuare un *favorlegis* verso la tutela della sicurezza del traffico giuridico nel rapporto

titolo (pagg. 288. 290). Non vi sarebbe perciò differenza tra il possesso dell'art. 1147 e quello dell'art. 1153 c.c. Anche in questo caso la buona fede può essere presunta, salva la necessaria presenza degli altri elementi previsti dalla norma.

¹⁵¹ SACCO ult. cit. pag. 282.

tra l'acquirente, anche non titolato, e l'alienante¹⁵². Conseguentemente si comprende anche come la tesi processualista, possa appellarsi alla presunzione dell'art. 1147 c.c. per sostenere che la presunzione è lo strumento giuridico di attuazione del *favorlegis* secondo il criterio dell'interesse prevalente, mediante il ricorso agli oneri probatori¹⁵³.

Ma, che l'art. 1147 c.c. possa essere agitato come il grimaldello normativo della tesi processualistica è opinabile. È lo stesso Sacco che riconosce come la presunzione di buona fede possessoria non si regga su una valutazione di probabilità, né su giustificazioni univoche e gravi.

È evidente che la buona fede possessoria quale, errore attuale, scusabile e concreto¹⁵⁴, non si fonda sulla esistenza di un fatto noto. D'altra parte, non potendo il possesso da solo legittimare la piena tutela del potere di fatto sulla cosa¹⁵⁵, la buona fede ne costituisce un elemento di giustificazione imprescindibile. Ma ciò detto, la presenza della buona fede non può dirsi presunta. Piuttosto, è da osservare che a fronte dell'esercizio di un potere di fatto sulla cosa, l'illegittimità dello stesso, e la non conformità al modello legale, pretende la prova della mala fede.

Il legislatore, allora tra la limitazione aprioristica ad ogni manifestazione possessoria priva di un elemento idoneo a manifestare dall'esterno la presenza della buona fede, e la definizione normativa di esistenza della buona fede stessa, ha optato per questa seconda scelta.

¹⁵²Ed infatti il risultato dell'indagine di Sacco (pagg. 285, 286) è che: <<Quando la circostanza giustificativa della protezione del soggetto interessato alla sicurezza dinamica del traffico giuridico consiste in un fatto o in una omissione del soggetto interessato alla sicurezza statica della situazione giuridica, la repressione della mala fede rappresenta una concessione del legislatore con cui si limita il soddisfacimento della tutela del traffico giuridico; e pertanto la mala fede è fatto impeditivo.

All'infuori di questo caso, quando la buona fede è protetta in virtù della diligenza normale che l'accompagna o in virtù dell'apparenza che ne giustifica la protezione, la protezione della buona fede rappresenta un limite dell'opposto principio della tutela della certezza delle situazioni giuridiche statiche, e pertanto la buona fede è elemento costitutivo della fattispecie; quando la buona fede è protetta indipendentemente da questi requisiti, la repressione della mala fede rappresenta un limite della tutela del traffico giuridico; e la mala fede è fatto impeditivo>>.E si tenga conto che nell'impostazione di Sacco, il fatto impeditivo è l'inverso di quello presunto.

¹⁵³ PALAZZO, op. cit. pag. 271.

¹⁵⁴ PUGLIATTI, op. cit. pagg. 262, 263.

¹⁵⁵ MENGONI, in Digesto, cit. pag. 80.

La buona fede possessoria dell'art. 1147 c.c. non è dunque una presunzione legale ma una c.d. "verità interinale"¹⁵⁶.

La verità interinale designa l'opinione che la legge impone al giudice di ritenere per vero un fatto finché non venga data la prova del contrario. la differenza con la presunzione è che nella presunzione la legge stabilisce che un fatto deve considerarsi vero in quanto dedotta da un altro fatto. Essa incide certamente sulla ripartizione dell'onere della prova, invertendolo, ma non in quanto presunzione legale.

Ne risulta confermata la differenza strutturale tra la presunzione-probatoria e la presunzione impropria che ha una funzione di disciplina e che, nella pagine precedenti, è stata identificata con la fattispecie presuntiva.

E v'è detto allora che anche la tesi processualista giunge a delle generalizzazioni. Muovendo dalla considerazione per cui le presunzioni legali dispensano dalla prova del fatto costitutivo, giunge ad affermare l'esistenza di uno stravolgimento della struttura della fattispecie, correggendo il tiro con la petizione di principio secondo cui questa ricostruzione della fattispecie avrebbe una funzione soltanto processuale, nella misura in cui si limita ad invertire l'onere della prova¹⁵⁷.

6. Giunti a questo punto non può essere sottaciuta la suggestione prodotta della più generale critica di Micheli alla nozione processuale della presunzione¹⁵⁸. Nelle sue riflessioni, l'A. critica l'assimilazione tra presunzioni e regola sull'onere probatorio perché risulterebbe evidente che la regola di giudizio dettata dall'art. 2697 c.c. è destinata a trovare applicazione solo laddove il giudice rimanga nell'incertezza; al contrario la presunzione legale consente al giudice di decidere affermando come

¹⁵⁶ MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit. pagg. 352- 354; PUGLIATTI, *Conoscenza*, in Enc. Dir. pag. 104.

¹⁵⁷ Vi è da dire però che anche i sostenitori di questa concezione avvertono l'utilizzo eccessivo del termine presunzione da parte del legislatore, indicando ad esempio l'art. 4 c.c. come un'ipotesi non di presunzione ma di ordinaria applicazione dell'art. 2697 c.c.

¹⁵⁸ Op. cit. pag. 199, 201. In senso opposto AUGENTI, op. cit. pag. 126, che per sostenere l'assimilazione tra presunzioni legali ed onere della prova, giunge coerentemente ad affermare che le presunzioni legali conducono ad una decisione senza accertamento.

stanno le cose secondo diritto; cioè accertando il fatto e comunque chiarendo quale definizione giuridica attribuire alla fattispecie; non persiste alcuna incertezza.

Ed invero, fermo restando che la parte preferita dalla presunzione legale è dispensata dal provare il fatto fondamentale – dovendo però provare quello noto – si ritiene di dover ben limitare il concetto di dispensa dalla prova. Malgrado il beneficiario non sia onerato di dimostrare l'inferenza che collega il fatto noto a quello ignoto, e malgrado che neanche il giudice debba indagarne l'esistenza – essa, infatti, è dettata dalla legge – non sembra razionale escludere rispetto al singolo caso concreto un'attività di valutazione circa l'esistenza di elementi che escludono l'effetto di automatismo prodotto dall'inferenza presuntiva legale. Non si tratta di legittimare una valutazione in positivo sulla fondatezza dell'inferenza quanto di sostenere l'ammissibilità in negativo di una valutazione di inerza della stessa nel singolo caso.

Alla luce di quanto detto, viene da chiedersi se sia vero in assoluto che la funzione delle presunzioni legali sia avulsa dal procedimento di formazione del convincimento del giudice. Se sia esatto cioè che tali presunzioni non assolvono mai ad una funzione di accertamento lasciando per così dire, al giudice un certo margine di manovra in ordine alla sindacabilità dell'inferenza presuntiva.

Tenendo a mente quanto affermato nel capitolo secondo, si consideri a tal proposito che, mentrenella presunzione semplice la scelta della massima di esperienza e del fatto noto è compiuta dal giudice volta per volta, essa è, invece, postulata dalla legge nelle presunzioni legali. In queste ipotesi la fissazione del fatto noto è ontologicamente statica, in quanto una volta che esso sia stato definito quale polo del giudizio sul fatto, il suo valore evocativo è destinato a restare immutato nel tempo. Ciò posto, è a tutti evidente come le massime d'esperienza siano necessariamente mutabili a causa della loro relatività storico-culturale.

Tale caratteristica delle massime di esperienza può essere un vantaggio per il giudice che applica la presunzione semplice, ma diventa un limite

rispetto alla presunzione legale nella misura in cui si intenda escludere ogni intervento valutativo del giudice stesso. Nella presunzione legale, infatti, la logica argomentativa è analoga a quella descritta per le presunzioni semplici, accade però che la massima di esperienza è implicitamente scelta dal legislatore che, indicando il fatto noto dà per compiuta l'argomentazione inferenziale.

L'interprete non può fare altro che ricavare la regola di inferenza dalla sintesi cui approda la fattispecie normativa.

In sostanza, quando il legislatore introduce una presunzione legale, stabilisce che il fatto noto potrebbe valere da solo a fissare il giudizio sulla questione controversa perché idoneo a far risalire alla massima di esperienza. Il legislatore indica il fatto noto come idoneo a provare quello ignoto dopo aver svolto, più o meno consapevolmente, l'argomentazione presuntiva.

Si consideri, ad esempio, quanto dispone l'art. 881 c.c..

Ciò che la norma da per provato è che il proprietario del fondo verso il quale esiste il piovante è anche proprietario del muro divisorio. La pendenza del piovante non è per nulla rappresentativa del fatto che si intende provare; perché mai allora dovrebbe considerarsi idonea a dare tale fatto come reale? Il punto è che, secondo una massima d'esperienza, chi costruisce il muro realizza i pioventi in modo che servano alla sua proprietà. La presenza del piovante rende possibile l'applicazione di questa massima di esperienza e perciò dimostra che il proprietario del muro è lo stesso del fondo su cui insiste il piovante cui il muro è accessorio.

Il centro di interesse considerato, sia dalla premessa maggiore (regola di esperienza), sia dal fatto noto, attiene ai modi di manifestazione della proprietà: il proprietario esercita la propria facoltà di dominio realizzando manufatti sul proprio fondo nel suo esclusivo interesse (sulla presunzione in questione ci si soffermerà poco oltre).

Nelle presunzioni legali, quindi, il giudizio di verosimiglianza è già insito della norma che dispone gli effetti del fatto noto. Peraltro la circostanza che il fatto noto sia di per sé idoneo a sostenere un giudizio di

verosimiglianza non vuol dire che altri fatti siano indiscutibilmente inverosimili; non esclude cioè la prova contraria.

Giunti a questo punto, il cuore della questione è capire se l'inferenza della legge sia veramente perentoria. In altri termini: è possibile offrire una controprova che contesti il valore della conclusione presuntiva del legislatore rispetto al caso concreto?

Si è visto come sia per la concezione processualistica, che per quella sostanzialista, le presunzioni legali non servono affatto al convincimento del giudice. Il riferimento alla controprova sarebbe dunque rivolto alla dimostrazione di esistenza di un fatto opposto a quello noto oppure alla più perentoria dimostrazione d'inesistenza dello stesso.

Tuttavia, si è detto anche che la nozione di fatto impeditivo indica quegli elementi che agendo dall'esterno della fattispecie incidono sulla possibilità della stessa di sprigionare i propri effetti.

Vi è da chiedersi allora se, rispetto ad una fattispecie materiale indiretta qual è quella delineata da una presunzione legale relativa, sia ammissibile la ricerca di un elemento esterno alla fattispecie idoneo ad impedire l'effetto di dispensa dalla prova dell'art. 2728c.c.

L'interrogativo suesposto può apparire ozioso.

Ed infatti, si potrebbe sostenere che la soluzione è data dallo stesso codice civile laddove solo in alcuni casi ammette la possibilità di allegare il fatto impeditivo contro l'inferenza presuntiva. La risposta giusta da dare sarebbe – come accade nella maggior parte dei casi – “dipende”. Sarà positiva se il legislatore ha previsto un fatto impeditivo opponibile alla conclusione presuntiva, e negativa in tutti gli altri casi!

Ma la risposta non è soddisfacente. Perché, ad essere coerenti con la tesi tradizionale, che vede nella presunzione legale un mezzo per invertire l'onere della prova, il fatto impeditivo in questione non sarebbe altro che la prova di un elemento che esclude la produzione degli effetti della fattispecie; o seguendo la tesi meno progressista, il fatto impeditivo sarebbe la controprova. In ogni caso si tratterebbe di un fatto che non agisce sulla logicità dell'inferenza nel caso concreto ma si indirizza –

come più volte detto – contro l’esistenza del fatto noto o verso la prova del fatto diverso¹⁵⁹. Mentre ciò su cui ci si sta interrogando è se, pur senza fornire la prova del fatto diverso, e pur ammettendo la presenza del fatto noto, sia possibile derogare alla presunzione legale affermando che essa non può convincere il giudice nel caso concreto.

Occorre allora osservare le ipotesi in cui la legge indica un fatto impeditivo rispetto ad una presunzione.

Si consideri la presunzione di possesso attuale dettata dall’art. 1142 c.c. che stabilisce che chi esercita il potere di fatto sulla cosa si presume possessore e non detentore, salvo prova del contrario. Contro questa presunzione è possibile opporre il fatto impeditivo dell’altrui tolleranza ai sensi dell’art. 1444 c.c. Ciò che l’art. 1141 c.c. dovrebbe presumere è che chi esercita il potere di fatto attuale sulla cosa compie atti corrispondenti a quelli del proprietario o del titolare di altro diritto reale. Posto il fatto noto dell’ingerenza del soggetto sulla disponibilità di un bene, se ne dovrebbe inferire che quel potere manifesta le caratteristiche del possesso.

La tolleranza del terzo negherebbe questa presunzione. E si tratta di un fatto impeditivo che non agisce sull’inferenza presuntiva ma impedisce l’acquisto del possesso; non consente cioè alla manifestazione esterna del potere di produrre i suoi effetti¹⁶⁰.

Ed invero, la tolleranza non incide sull’elemento costitutivo del possesso, che è la “manifestazione” di un potere corrispondente ad un diritto reale¹⁶¹. Il possesso come noto, è un fatto che si qualifica per la

¹⁵⁹ PATTI. Le prove, op. cit. pag. 128.

¹⁶⁰ Il possesso, quale relazione di fatto con la cosa, va distinto dalla posizione giuridica che ne scaturisce che è il diritto al pacifico godimento del bene ed a non subire spoglio o turbative; in questo senso il possesso è fonte di un diritto c.d. “di salvaguardia”: BIANCA, Diritto Civile. 6, Proprietà, Milano, 1999, cit. pagg. 715-717. Occorre precisare che il potere di fatto è tutelato in quanto tale, nei limiti in cui esso dura e permane, prescindendo da una situazione di fatto presente che perduri con la cosa. Ma questa tutela alla situazione di fatto non può mai diventare diritto a possedere. Si apprezza così la differenza tra *juspossidendi* (che è del titolare del diritto reale) e *jusposesionis*, che spetta al possessore; DI MAJO, *La tutela...*, op. cit. pag. 116 e ss.; LUISO, op. cit. Vol. IV.

¹⁶¹ Si ritiene che la tolleranza consista in un atto di concessione del bene che caratterizzerebbe il possesso come un’ingerenza saltuaria e limitata. La tolleranza estrinsecerebbe un comportamento facoltizzato dal consenso che non è né comportamento illecito, né consenso del diritto; BIANCA, cit. pag. 747; cfr. SACCO-

struttura del potere e si articola nella relazione tra il possessore e la cosa. L'effetto impeditivo della tolleranza del terzo si produce indipendentemente dal fatto che il detentore della cosa sappia o meno di essere tollerato. E la tolleranza non agisce sulla relazione tra possessore e cosa. L'ingerenza tollerata non è necessariamente un ingerenza transitoria o precaria. Se si vuole dire che l'art. 1141 c.c. presume che in presenza della detenzione del bene (fatto noto) il potere esercitato corrisponde ad un diritto reale (fatto ignoto), allora bisogna dire anche che la tolleranza non è un fatto idoneo a mettere in discussione questa inferenza.

Con ciò si avrebbe la dimostrazione che il fatto impeditivo contro l'inferenza presuntiva della legge non esiste se non quale fatto impeditivo della fattispecie presunta. Il fatto impeditivo della presunzione non agirebbe, dunque, sull'effetto di dispensa della prova.

Ma la conclusione non è determinante. A ben vedere, infatti, l'art. 1441 c.c. non è una vera presunzione di possesso attuale. Il possesso implica la disponibilità in fatto di un bene manifestata esteriormente come disponibilità autonoma. Non occorre che il possessore compie chissà quale attività di godimento sul bene (anche il proprietario può decidere di far crescere l'erba sul suo fondo o di contemplarlo e basta). Che il possesso debba corrispondere ad un diritto reale non vuol dire altro se non che il possessore non riconosce ad alcuno un potere di ingerenza uguale al suo (salvo il caso del compossesso). Per affermare che chi ha la disponibilità

CATERINA, cit. pag. 163, Cass. Civ. 18360/2004. A fronte di questa concezione – seppur nella prospettiva dell'*animus domini* – si è osservato che l'art. 1444 c.c. è, invero, superfluo laddove l'ingerenza dell'asserito possessore sia transitoria o saltuaria, mancando in questo caso, già a monte, la manifestazione di un potere idoneo a configurare il possesso. La tolleranza rilevarebbe in caso di un potere prolungato o che si pretende permanente. Solo in questo caso sarebbe riscontrabili l'*animus domini* idoneo a fondare il possesso e, perciò, solo in questo caso la tolleranza è chiamata ad assolvere la sua funzione di fatto impeditivo: SACCO-CATERINA, cit. pagg. 164, 166.168. In questa seconda concezione, la tolleranza minerebbe all'origine la situazione di fatto escludendo l'ingerenza autonoma del detentore del bene. Ed è evidente come in questo modo la nozione di tolleranza è inserito coerentemente alla concezione soggettiva di possesso. Ma ciò detto, la dottrina più recente – nel seguire una concezione oggettiva del possesso – tiene fermo il fatto che l'altrui tolleranza costituisce un elemento obiettivo e non può ridursi ad una componente dell'elemento suriettivo del soggetto del potere di fatto. La tolleranza costituisce, invero, un fatto impeditivo che agisce al di fuori della struttura del possesso anche se si riscontrano tutti gli elementi costitutivi di esso; MASI, op. cit. pag. 117; PATTI, *Le prove*, cit. pag. 124.

del bene ne è possessore non occorre scomodare la presunzione. Mutando prospettiva, ciò che non si può presumere è che il possesso corrisponda ad uno specifico diritto reale, perché la disponibilità del bene è un fatto di per sé equivoco. E così, non si può presumere neanche che chi abbia la disponibilità del bene ce l'abbia nell'interesse di un terzo, e sia perciò detentore. Ed infatti l'art. 1141 c.c. non lo presume affatto.

In conclusione, l'art. 1141 c.c. non è una presunzione di possesso attuale ma è una constatazione della legge che prende atto di una situazione di fatto che non diversamente essere presunta come una detenzione. Perciò, la norma in questione non può usarsi come argomento per sostenere che l'unico fatto impeditivo contro una presunzione è quello che si oppone agli effetti della fattispecie presunta. Che non esistano fatti idonei ad opporre all'effetto di dispensa della prova che è regolarmente agganciato al fatto noto, deve essere dimostrato.

Si potrebbe facilmente sostenere che in un sistema di diritto positivo, il fatto impeditivo è soltanto quello stabilito per legge. Ma ciò non può valere per l'efficacia di dispensa della prova riconosciuta alla presunzione legale. Ed infatti devono prevalere le ragioni della razionalità normativa immanenti nel sistema.

Ed in ogni caso esistono esempi di presunzioni legali che costituiscono elemento di valutazione da parte del giudice.

6.1 La presunzione di cessione e di acquisto

L'uso delle presunzioni legali è particolarmente diffuso nella legislazione tributaria. La necessità che hanno gli accertatori del fisco di ricostruire la base imponibile evasa dai debitori d'imposta, impone il ricorso a strumenti giuridici atti a riscontrare l'omessa dichiarazione di ricavi sulla base di indici di redditività o di fatti idonei ad una ricostruzione induttiva del volume d'affari.

Il D.P.R. n. 441/1997 (modificativo dell'art. 53, D.P.R. 633/72 in materia di IVA) ha introdotto due presunzioni di questo tipo. L'art.1 disciplina la presunzione di cessione, in base alla quale gli ammanchi di magazzino si

presumono ceduti; l'art.3 detta, invece, la presunzione di acquisto di tutte le giacenze di magazzino.

La presunzione di cessione non opera (art. 1 comma 2) se il contribuente dimostra che i beni sono stati impiegati per la produzione, perduti o distrutti; o sono stati consegnati legittimamente a terzi in esecuzione di rapporti diversi dalla cessione commerciale (in lavorazione, deposito, appalto...). Quella di acquisto non opera (art. 3 comma 2) se è dimostrato che la merce è detenuta per conto di terzi o succursali, filiali e sedi secondarie. L'elencazione di casi di non operatività della presunzione sembra tassativa sia per la cessione di acquisto che per quelle di vendita, e presuppongono il rispetto di particolari modalità di documentazione.

Tali casi di non operatività delle presunzioni in esame, malgrado la loro denominazione - non servono ad indicare l'ambito di applicazione dell'inferenza né sono fatti impeditivi. Si tratta, evidentemente, di controprove di cessione o di acquisto. E vi è allora di una presunzione legale c.d. mista; che può essere vinta soltanto mediante le controprove specificamente indicate dalla legge.

Emerge subito come il fatto preso a base della presunzione (mancanza o giacenza materiale di magazzino) sia del tutto equivoco. Potrebbero essere moltissime le ragioni atte a giustificare la differenza tra il magazzino contabile e quello fisico. E, rammentando quanto indicato nel secondo capitolo in tema di presunzione semplice, si potrebbe quasi dubitare che il fatto indice della presunzione sia - a rigore - qualificabile come "fatto noto".

Si tratta di una scelta di politica legislativa, e l'idoneità del fatto ad evocare la conclusione presuntiva, siccome stabilita per legge, non è in astratto sindacabile. Tuttavia, non vi è chi non veda come la conclusione cui si giunge mediante la presunzione di cessione e di vendita possa essere a volte eccessiva, se non addirittura draconiana. Ci si potrebbe interrogare allora sulla razionalità della norma, sulla sua compatibilità all'art. 24 della Costituzione e - per quello che qui maggiormente interessa - ci si potrebbe interrogare anche circa la possibilità di contrastare in concreto la logicità e,

quindi, l'esattezza dell'inferenza presuntiva. Senonché, le controprove indicate dalla legge, anche se strette dentro le maglie di fastidiosi obblighi documentali, lasciano agli operatori commerciali un certo respiro.

Questa considerazione non è comunque sufficiente a superare le difficoltà applicative poste dalla presunzione in esame. Ai sensi dell'art. 4, comma 2, le presunzioni di acquisto e di vendita si applicano anche alle eventuali differenze quantitative derivanti dalle "differenza inventariali" rilevate dallo stesso contribuente nella sua contabilità obbligatoria di magazzino. Pure in questo caso dovrebbero valere i limiti alla controprova previsti dalla legge. Se si ritiene accettabile la struttura legale definita dalle presunzioni di cessione e di acquisto fin qui descritte, non può scandalizzare l'estensione del loro ambito di applicazione anche alle differenze inventariali contabilizzate. Ma il fatto è che, in base all'art. 14, primo comma, lett. d) del D.P.R. n. 600/73, nelle scritture ausiliarie di magazzino è possibile annotare, anche alla fine del periodo d'imposta, "*i cali e le altre giacenze che determinano scostamenti tra le giacenze fisiche effettive e quelle desumibili dalle scritture di carico e scarico*". Inoltre, in base all'art. 39, secondo comma lett. d) dello stesso testo di legge, "*Le scritture ausiliarie di magazzino non si considerano irregolari se gli errori e le omissioni sono contenuto entro normali limiti di tolleranza delle quantità annotate*". Ne consegue che è lo stesso legislatore ad ammettere come possibile e addirittura normale l'esistenza di differenze inventariali di magazzino. Le presunzione di cessione e di acquisto, ove riferite agli ammanchi o alle giacenze di magazzino, sono dunque eccessive anche dal punto di vista del legislatore.

E osservando questo tipo di presunzione, si comprende quanto sia pericoloso assimilare le presunzioni legali all'art. 2679 c.c. se solo si tiene conto che, proprio in virtù di questa assimilazione, l'A.F. (Cir. n. 31/E del 2006) ha potuto affermare che l'inversione dell'onere della prova implica che l'accertatore non sia tenuto a dimostrare i fatti che costituiscono il

fondamento della pretesa erariale ma solo i fatti indice¹⁶² – implicitamente riconosciuti non idonei a costituire il fondamento della ripresa fiscale.

Per fortuna è la stessa amministrazione fiscale che, dovendo risolvere il problema di coordinamento tra la presunzione di cessione e di acquisto e la disposizione che consente di contabilizzare i cali e le altre variazioni “fisiologiche” di magazzino, ha affermato, nella stesso documento di prassi, come sia “ *di tutta evidenza che le differenze inventariali non necessariamente sono riconducibili a fenomeni di evasione*”.

In presenza di differenze inventariali evidenziate e contabilizzate dallo stesso contribuente, i verificatori dell’Agenzia delle Entrate sono perciò invitati a valutare la “complessiva posizione economica, patrimoniale e gestionale dell’azienda controllata”¹⁶³. E non si tratta di ricercare d’ufficio l’esistenza di una controprova ma di verificare l’attendibilità e la univocità del fatto noto considerato dalla norma in riferimento alla conclusione presuntiva. Ed infatti, la circolare richiamata indica quali elementi di valutazione: il trend delle differenze inventariali del triennio; la “scarsa plausibilità” delle vendite “al nero”, la tipologia di attività. Non è sempre necessario, quindi, accertare la perdita, la distruzione o il diverso impiego produttivo degli ammanchi di magazzino. Ciò che diventa oggetto di valutazione per gli ispettori fiscali, ed in seconda battuta per il giudice – in sede di impugnazione dell’avviso di accertamento – è che l’inferenza presuntiva sia corretta in base alla “concrete circostanze del caso”¹⁶⁴.

Ed in tal senso è da registrare anche un’evoluzione della giurisprudenza. Invero, nonostante la giurisprudenza di legittimità - coerente con la concezione classica della presunzione legale quale semplice mezzo di inversione della prova – nega una funzione probatoria alla presunzione in

¹⁶²Nella Circolare n. 31/E del 2006 l’Agenzia delle Entrate afferma che “*Le citate disposizioni operano come presunzioni nel senso che, in deroga al principio fissato dall’art. 2697 del codice civile secondo cui chi vuol far valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, l’amministrazione in sede di accertamento deve solo provare il fatto indicato dalla norma (gli ammanchi di beni a seguito di riscontro fisico ovvero le “differenze quantitative” tra consistenza delle rimanenze registrate e scritture obbligatorie di magazzino o documentazione obbligatoria)-*

¹⁶³Cir. 31/E del 2006, pag. 3.

¹⁶⁴Cir. citata pag. 6.

esame, escludendo ogni possibile valutazione sulla conclusione inferenziale¹⁶⁵, la giurisprudenza di merito manifesta, invece, aperture di segno opposto¹⁶⁶.

L'esempio riportato dimostra come la presunzione legale possa costituire anche uno strumento di accertamento – e non di disciplina – sottoposto alla valutazione del soggetto preposto a giudicare circa l'esistenza del fatto ignoto.

Si comprende a questo punto quanto ha affermato Palazzo nell'introdurre il tema delle presunzioni legali nella Enciclopedia del Diritto: La presunzione [...] si presenta quale fatto di accertamento di cui va scoperto il grado di preclusività, valutando la consistenza dell'accertamento e la possibilità di ottenere un risultato che comporti la maggiore aderenza possibile della realtà giuridica alla realtà materiale¹⁶⁷

6.2 La presunzione di proprietà esclusiva del muro divisorio

Si consideri perciò nuovamente l'ipotesi disciplinata all'art. 881 c.c. e rubricata "presunzione di proprietà esclusiva del muro divisorio".

¹⁶⁵ Secondo Cass. Civ. sez. V, n. 3435/2008 "Costituisce jusreceptum nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale la presunzione di cessione dei beni acquistati, importati o prodotti che non si trovano nei luoghi in cui il contribuente esercita la propria attività - ex art. 53 del D.P.R., art. 1 del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 441 - può superarsi soltanto attraverso la deduzione di prova contraria con le modalità indicate dalle citate disposizioni. Conseguentemente, al fine di evitare potenziali elusioni dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, devono presumersi ceduti i anche i beni collocati in depositi di proprietà del contribuente la cui inerenza all'esercizio dell'attività d'impresa non sia stata comunicata nelle forme previste dall'art. 35 del D.P.R. n. 633/72".

¹⁶⁶ Comm. Trib. Reg. Lombardia Milano Sez. VI, n. 135/2009 "La presunzione di cessione deve essere invocata ed applicata soltanto nel rispetto delle precise indicazioni e condizioni richieste dalla norma il cui accertamento richiede un'attività di vaglio e verifica al fine di determinare se gli scostamenti nelle differenze inventariali rientrano nella fisiologia della catena della distribuzione delle merci ovvero siano indice rivelatore di operazioni sottratte ad imposizione".

¹⁶⁷ PALAZZO, op. cit. pag. 265; si rammenta però che per l'A. la presunzione legale opera secondo il criterio dell'interesse prevalente attuato tramite la ripartizione degli oneri probatori e che perciò non può operare indipendentemente dal sistema delineato dall'art. 2697 c.c.

La norma in questione consente di accertare chi sia il proprietario esclusivo del muro divisorio posto sul confine tra campi, cortili, giardini od orti, in considerazione di alcuni segni idonei ad evocare l'accessorietà del muro ad una soltanto delle proprietà confinanti.

Innanzitutto, va rilevato che la norma, diversamente da quella dell'art. 880 c.c., non si regge sul criterio della funzione divisoria del muro. Al contrario, parte proprio da questa destinazione per superare le difficoltà che essa implica in punto di individuazione del titolare esclusivo del muro. Ciò che rileva ai fini dell'attribuzione della proprietà esclusiva è la presenza di un piovente esistente verso uno dei due fondi, oppure di sporti o vani costruiti contestualmente al muro; i vani devono per di più addentrarsi oltre la metà della grossezza del muro. La presenza del piovente prevale su quella degli altri segni.

I segni in questione manifestano l'asservimento del muro di confine ad uno dei due fondi¹⁶⁸. Questi segni sono il fatto noto da cui si evince l'asservimento del muro e per cui si può ragionevolmente concludere che esso è riconducibile al proprietario del fondo sul quale si accede. Anche in questo caso non importa chi abbia costruito il muro ma a quale fondo esso sia accessorio. Ed infatti, la giurisprudenza afferma che quando il muro con lo spiovente da un lato è stato costruito dal proprietario di un unico fondo, la successiva divisione dello stesso tra due soggetti distinti non determina la comunione del muro, ma soltanto il momento applicativo della presunzione di proprietà esclusiva in ragione dello spiovente¹⁶⁹.

Il fatto noto è selezionato dal legislatore in funzione della sua idoneità a rappresentare l'accessorietà anzidetta. Così ad esempio, rispetto ai vani, è richiesto che questi si addentrino oltre la metà della grossezza del muro. Questa circostanza, unita all'altra per cui il manufatto deve essere stato costruito "col muro stesso", esclude che alla costruzione abbia partecipato l'altro confinante e che il muro sia stato progettato perciò per soddisfare anche la proprietà di quest'ultimo.

¹⁶⁸ DE MARTINO, op. cit. sub art. 881 c.c.

¹⁶⁹ Cass. Civ. n. 304 del 1996.

I segni indicativi non sono considerati dalla norma in quanto produttivi di un effetto giuridico e, segnatamente, dell'acquisto della proprietà esclusiva, né sono finalizzati ad individuare chi abbia costruito il muro; né a stabilire il regime giuridico del muro divisorio – come fa invece, l'art. 880 c.c.-.

La norma offre, invece, dati utili per stabilire chi sia il proprietario del muro nonostante la funzione divisoria dello stesso e nonostante la sua collocazione sul confine.

La presunzione di comunione del'art. 880 c.c. muove da una incertezza circa la titolarità del muro divisorio e – senza preoccuparsi di risolverle - ipotizza che appartenga ad entrambi i confinanti disponendo il regime della comunione; l'art. 881 c.c. consente, invece, di superare quella incertezza dimostrando che il muro divisorio appartiene ad uno soltanto dei proprietari limitrofi e costituisce, perciò, controprova rispetto all'ipotesi precedente. E vale rilevare che l'art. 881 c.c. non indica un fatto impeditivo al regime della comunione¹⁷⁰, perché la funzione divisoria dei muri non è eliminata e sopravvive, quindi, l'utilità di entrambi i proprietari¹⁷¹. Si tratta di controprova, perché è dimostrato che il muro divisorio insiste, in virtù dello spiovente o dello sporto o dell'accesso al vano, su uno dei due fondi confinanti e, perciò, si incorpora con esso. Ciò che si dimostra è l'estensione verticale della proprietà confinante e, dunque, l'assenza della comunione per la prevalenza dell'interesse di uno solo tra i proprietari confinanti.

Il legislatore elenca il catalogo dei segni indicativi della proprietà esclusiva, ed al contempo ammette l'applicazione estensiva della norma utilizzando il criterio della somiglianza di altri manufatti a quelli elencati. Questo dato, unito all'altro per cui è la stessa norma a qualificare gli elementi indicativi anzidetti come indizi, aiuta a sostenere la funzione probatoria degli stessi. E trattandosi di indizi, se ne deduce in linea di principio – e salvo quanto precisato sopra in ordine alle caratteristiche che

¹⁷⁰ Così invece, Cass. civ. n. 6678 del 1999; FABBRINI, op. cit. pag....

¹⁷¹ Ed infatti, anche rispetto all'art. 881 c.c. la giurisprudenza circoscrive l'ambito della norma al caso in cui le entità confinanti siano omogenee; Cass. Civ. n. 5258 del 2006.

l'indizio deve avere per essere qualificato come fatto noto – la non tassatività¹⁷². Il giudizio di somiglianza (art.881, 2° co. c.c.) va condotto in considerazione della funzione del manufatto.

Si avverte il monito del legislatore alla corretta selezione dei fatti noti idonei all'applicazione della presunzione. In particolare, i manufatti che sono appendice della proprietà fondiaria devono essere inseriti nello stesso contesto del muro, non potendo consistere in opere estrinseche ad esso¹⁷³. Tranne che per il piovente, inoltre, la realizzazione dei manufatti deve essere contemporanea alla costruzione del muro.

Siccome si tratta di prova presuntiva, così come all'interprete è consentito di individuare segni indicativi diversi ma simili rispetto a quelli elencati dalla norma, allo stesso modo deve essergli possibile, nel caso concreto rigettare la conclusione dell'art. 881 c.c. laddove, pur in presenza di tali segni indicativi, gli stessi non siano idonei ad acclarare la proprietà esclusiva. Così ad esempio, come valutare l'ipotesi in cui il muro divisorio sia inclinato da una parte ma abbia il piovente dall'altra?

Ed inoltre, considerato che l'interprete può valutare segni simili agli sporti ma che il piovente prevale in ogni caso su gli altri indizi, come valutare l'ipotesi in cui, a fronte del piovente posto da una parte, vi sia una sporgenza opposta e di diverso tipo ma nondimeno utilizzata come sostegno di arnesi ed utensili per lo sfruttamento del terreno? Nel caso in cui il titolare del terreno verso cui pende il piovente volesse abbattere il muro, dovranno prevalere le ragioni della produttività agricola o il rigore della norma?

Forse la soluzione sta proprio nel considerare l'art. 881 c.c. come una norma finalizzata ad agevolare il convincimento del giudice e sensibile perciò alla differenza tra mero indizio e fatto noto cui si è fatto più volte riferimento. Perciò, la prevalenza dello spiovente vale rispetto agli altri segni qualora essi abbiano la forza del mero indizi di riconducibilità del muro ad uno dei due fondi; non vale rispetto a quei segni che sono veri e

¹⁷² Un'apertura in tal senso sembra venire da Cass. Civ 1018 del 1986; ma in senso contrario cfr. DE MARTINO, op. cit. pag. 313.

¹⁷³ Cass. Civ. n. 1018 del 1986.

propri fatti di asservimento del muro alla proprietà su cui insistono. Nell'ipotesi considerata, entrambi i segni sono allo stesso modo fatti noti di asservimento: la soluzione sarà la comunione del muro e non la proprietà esclusiva.

7. L'analisi fin qui compiuta ha preso in considerazione l'utilizzo legislativo della presunzione legale con la speranza di fare emergere le sottili distinzioni che vi sono tra le presunzioni che fanno prova, quelle che sono solo il motivo della legge e tutte le altre che non lo sono affatto.

Con riferimento alla presunzione legale relativa, si è cercato di rispondere all'interrogativo con cui si è chiuso il terzo capitolo. Se cioè sia possibile estendere alla presunzione legale relativa la pretesa di gravità, certezza e concordanza che il legislatore esige rispetto al rapporto tra fatto noto e fatto ignoto per le presunzioni semplici. La risposta affermativa ha reso possibile l'affermazione secondo la quale il giudice nel singolo caso può verificare l'attendibilità dell'inferenza legale-presuntiva.

All'esito dell'indagine è emerso, infatti, che in alcune ipotesi le presunzioni legali relative sono vere e proprie prove legali, afferenti cioè al convincimento del giudice anche se nei limiti che la prova legale impone al libero convincimento. Conseguentemente si è ritenuto possibile concludere che anche rispetto alle presunzioni legali sarebbe possibile effettuare un'indagine di adeguatezza e attendibilità dell'inferenza legale, nel singolo caso concreto.

Il capitolo successivo mette in luce la stretta parentela che vi è tra la presunzione legale relativa con funzione di prova e la presunzione semplice, offrendo l'interessante caso degli studi di settore; strumento previsto dalla disciplina fiscale come ipotesi di presunzioni legali relative.

CAPITOLO QUARTO

Parametri e studi di settore: presunzione ad intermittenza?

1 Brevi considerazioni sull'accertamento standardizzato dei ricavi. – 2. La presunzione nel diritto tributario: cenni. –3.Il metodo dell'accertamento standardizzato. – 4. Il sillogismo presuntivo alla base dell'accertamento standardizzato dei ricavi. – 5.L'origine legale dell'inferenza presuntiva degli studi di settore. – 6. Gli studi di settore come presunzioni legali relative. – 7 Lo scostamento dallo sds come presupposto di attivazione della procedura di accertamento. – 8.L'inidoneità del fatto noto in base al quale operano gli studi di settore. – 9.L'inadeguatezza della massima di esperienza fondata sul concetto di "normalità economica". – 10 Le conclusioni della Corte: parametri e studi di settore come presunzioni ad intermittenza.

1. L'attività di accertamento dell'A. F. si sviluppa anche attraverso modalità di accertamento c.d. standardizzato che si scontrano con esigenze di realpolitik, onde evitare il rischio che le procedure di accertamento si risolvano in un'attività sommaria con risultati avulsi dal contesto fattuale.

Come noto, l'art. 53 della Costituzione stabilisce che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Nel quadro dei valori costituzionali è chiaro che il riferimento è fatto alla capacità contributiva personale ed effettiva, non dunque, ad una capacità contributiva ipotetica o presunta per legge. Questo principio costituisce la base per analizzare gli strumenti presuntivi di accertamento fiscale.

2. Nel settore dell'accertamento tributario, alle presunzioni è stata generalmente riconosciuta la funzione di accelerare le procedure istruttorie da parte degli organi dell'accertamento, gravando il contribuente dell'onere della prova contraria¹⁷⁴.

In materia tributaria le presunzioni legali hanno una *ratio* di favor per l'amministrazione finanziaria e in conseguenza di ciò, la giustificazione dell'inferenza presuntiva, in base ai criteri probabilistici fondati sull'*id*

¹⁷⁴ Per l'analisi della natura giuridica delle presunzioni in diritto tributario ved. VERSIGLIONI, *Prova e studi di settore*, Milano 2007; GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*; Padova, 1984, pag. 24, ove si rileva come in diritto tributario le presunzioni assumano diversa colorazione a seconda che la norma sia più marcatamente diretta a reprimere l'evasione fiscale, oppure abbia la funzione specifica di sollevare l'amministrazione finanziaria dall'assolvimento degli oneri probatori.

plerumque accidit, si colloca in posizione accessoria rispetto all'esigenza di agevolare gli uffici dell'accertamento tributario.

Su tale assunto, secondo gli Uffici accertatori, le stime ottenute dall'applicazione degli standard accertativi costituirebbero, per l'appunto, una presunzione legale. Questa soluzione interpretativa si è risolta per lungo tempo in un'applicazione automatica delle stime standardizzate dei maggiori ricavi alle imprese sottoposte a controllo. Specularmente ne è conseguita l'emanazione di avvisi di accertamento elaborati in base a procedimenti semplificati e motivati in modo stereotipato e spesso avulso dal caso concreto.

3. Gli strumenti di accertamento standardizzati dei ricavi e compensi hanno debuttato nel nostro ordinamento tributario a partire dal 1989, assumendo negli anni diverse modulazioni¹⁷⁵.

Il primo modello introdotto è stato quello dei c.d. coefficienti presuntivi dei compensi e ricavi. Con la legge n. 549 del 28 dicembre 2005 (c.d. finanziaria per il 1996) questo strumento è stato abrogato per essere sostituito dai Parametri, istituiti al fine della determinazione presuntiva di ricavi, compensi e volume d'affari in via transitoria, fino alla approvazione degli studi di settore. Questi ultimi costituiscono la punta più avanzata dell'evoluzione dell'accertamento fiscale presuntivo.

Da ultimo, la legge finanziaria per il 2007 (Legge n. 296 del 27 dicembre 2006) ha affiancato agli studi di settore la previsione di ulteriori indici standardizzati, i così detti indici di normalità economica che devono essere considerati al fine della individuazione dei maggiori ricavi, compensi o corrispettivi¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Il primo strumento di accertamento presuntivo fu quello dei "coefficienti" previsto dagli artt. 11 e 12, del d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito con modificazioni nella l. 27 aprile 1989, n. 154. Successivamente, con la legge Finanziaria 1996, furono introdotti, a decorrere dagli accertamenti relativi al periodo d'imposta 1995, i "parametri", a loro volta sostituiti dal periodo d'imposta 1998 dagli "studi di settore", già previsti dall'art. 62-bis del d.l. 30 agosto 1993, n. 331.

¹⁷⁶ Vedi il nuovo art. 10 bis della legge 146/1998, in base al quale gli indicatori di normalità economica hanno natura sperimentale e i maggiori ricavi, compensi o corrispettivi da essi desumibili costituiscono presunzioni semplici.

La funzione degli strumenti di accertamento standardizzato di ricavi e compensi è quella di semplificare la fase di accertamento fiscale, superando l'ostacolo della contabilità formale che spesso, dietro un'apparenza di ineccepibile regolarità, nasconde tecnicismi che preludono a studiate metodologie di elusione od ancora di evasione fiscale.

Parametri e studi di settore sono accomunati dalla metodologia tecnica mediante la quale è elaborata la ricostruzione induttiva¹⁷⁷ di ricavi e compensi. L'elaborazione degli studi di settore si contraddistingue, però, per aver seguito un percorso più trasparente e raffinato rispetto a quello utilizzato per l'elaborazione dei parametri. I contribuenti, infatti, hanno potuto partecipare, grazie all'ausilio delle organizzazioni di categoria, alla formazione dei criteri sulla cui base gli studi di settore vengono ad operare. Si tenga inoltre conto che, diversamente da quanto avveniva

¹⁷⁷ La determinazione induttiva dei ricavi si effettua in base al confronto tra le caratteristiche strutturali ed operative dell'azienda e i dati dichiarati. Consente di ottenere la definizione complessiva del reddito mediante l'applicazione di regole generali di esperienza, attuando un procedimento di ricostruzione indiretta dei ricavi che prescinde dalle risultanze del bilancio e dalle altre scritture contabili. La tecnica più nota consiste nel calcolare, secondo modalità che variano in base al caso concreto, la redditività media dei fattori produttivi impiegati di fatto dall'azienda. Nell'ambito dell'attività di controllo dell'amministrazione finanziaria, tale procedimento può costituire una specifica metodologia di accertamento tributario, disciplinata, ai fini delle imposte dirette, dall'art. 39, comma 2°, del D.P.R. 600/73 e, per quanto attiene alla determinazione dell'IVA, dall'art. 55 del D.P.R. n. 633/73. L'accertamento induttivo si contrappone a quello analitico (disciplinato al primo comma dell'art. 39 suddetto) che, invece, prende le mosse dalle risultanze contabili ed è finalizzato alla ricostruzione dettagliata delle singole operazioni commerciali fiscalmente rilevanti, per verificarne la regolarità formale e sostanziale. Mediante l'accertamento analitico, quindi, non si determina il reddito complessivo, ma si rettificano singole componenti di reddito risultanti dal Conto Economico, anche alla luce delle variazioni previste dalla legislazione fiscale. L'accertamento induttivo è consentito soltanto nei casi previsti dalla legge e, in generale, presuppone la scarsa attendibilità delle scritture contabili, l'omissione della dichiarazione o altre gravi irregolarità. La sua caratteristica più importante è che il procedimento di calcolo del reddito può poggiare su presunzioni semplicissime, prive cioè dei requisiti di gravità precisione e concordanza. In questo quadro gli strumenti di accertamento standardizzato coniano una metodologia di accertamento mista, definibile come analitico-induttiva. Da un lato, la rettifica muove dai dati contabili ed attiene ad una sola voce del bilancio (quella appunto dei ricavi); dall'altro le caratteristiche aziendali vengono considerate mediante una valutazione di tipo sintetico, allo scopo di ridefinire il valore "complessivo" dei ricavi, mediante l'applicazione ai dati considerati di uno standard predeterminato in maniera astratta. Per una sintetica trattazione ved. FANTOZZI, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008 pag. 414; FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, parte generale, Padova, 2008, pag. 412; TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, Torino, 2006, pag. 232 e ss.

con i parametri, la riconducibilità del contribuente ad uno specifico studio di settore è determinata dal contribuente stesso in fase di dichiarazione dei redditi, mediante l'indicazione del codice dell'attività svolta e la compilazione di una relativa dichiarazione da allegare al modello di dichiarazione dei redditi.

Ciò posto, tutti gli strumenti di accertamento standardizzato prendono le mosse da una indagine statistica condotta su un campione di contribuenti, in base alla categoria produttiva di riferimento. Per ciascun gruppo omogeneo vengono prese in considerazione varie caratteristiche strutturali ed operative (collocazione territoriale, immobilizzazioni, tipologia di beni strumentali, numero di addetti, ecc.). In base a queste caratteristiche vengono elaborati dei sottogruppi (cluster), dentro cui è possibile collocare ciascuna impresa controllata. Oltre ai dati relativi all'appartenenza al cluster, vengono analizzati anche i dati contabili emergenti dalla dichiarazione fiscale, in modo da poterne ricavare degli indici di bilancio di tipo semplice (rotazione del magazzino, produttività per addetto, ricarico sulle merci vendute).

Sulla base dei dati raccolti ed ottenuti, vengono definite le c.d. "funzioni di ricavo": si tratta di vere e proprie funzioni matematiche che delineano la relazione tra il ricavo (variabile dipendente) e i dati contabili e strutturali dichiarati (variabile indipendente); ogni funzione si sviluppa in base ad un "coefficiente di ricavo" che si ottiene in base ad una elaborazione statistica. Così, ad esempio, se una ditta di trasporti dichiara di possedere tre furgoni e di avere alle proprie dipendenze quattro autisti, lavorando 280 giorni all'anno per un consumo di 100.000 Euro di carburante, in base al coefficiente di ricavo statistico, la funzione di ricavo ci dirà che quella ditta deve aver prodotto ricavi per un valore che oscilla tra un minimo di 300.000 Euro ed un valore "puntuale" di congruità di 380.000 Euro¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Ciascuno studio di settore (secondo quanto prevede attualmente l'art. 1, comma 1 del regolamento di cui al D.P.R. n. 195 del 31 maggio 2009, modificato dal d.l. n. 112 del 2008, art. 33) è approvato con Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze e pubblicato in Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre del periodo d'imposta nel quale entra in vigore. Ciò

L'applicazione dei parametri e degli studi di settore alla singola impresa fa emergere, perciò, il valore dei ricavi presunti all'interno di un c.d. "intervallo di confidenza" tra un valore minimo e un valore massimo ("puntuale") di riferimento. La congruità fiscale dell'impresa si attesta al livello di corrispondenza di valore tra i ricavi dichiarati e quello puntuale¹⁷⁹. Nella valutazione complessiva della redditività dell'impresa, condotta applicando gli studi di settore, è possibile inoltre determinare ulteriori parametri, detti di "coerenza", che segnano il rapporto tra gli indici del bilancio fiscale ed i coefficienti standardizzati di calcolo¹⁸⁰.

4. La natura generalmente riconosciuta ai parametri e agli studi di settore è quella di veri e propri strumenti di prova, diretti a far emergere il valore dei ricavi, dei compensi e dei corrispettivi effettivamente conseguiti dal contribuente sottoposto a controllo. Tali strumenti di accertamento opererebbero, secondo l'assunto a lungo seguito dall'Agenzia delle Entrate, quali prove legali, secondo il modello logico dell'inferenza

posto, a norma dell'art. 10, comma 1° della L. 146 del 1998, gli accertamenti basati sugli studi di settore sono effettuati nei confronti dei contribuenti che dichiarano un ammontare di ricavi o compensi inferiori all'ammontare "determinabile" sulla base degli studi di settore.

¹⁷⁹ Per visionare le "note tecniche" di ciascuno degli studi di settore esistenti, è possibile consultare il sito ufficiale dell'Agenzia delle Entrate: www.agenziaentrate.it.

¹⁸⁰ Nell'applicazione pratica dello studio di settore può, perciò, accadere che il contribuente pur esponendo un valore congruo del rapporto costi/ricavi sia, tuttavia, incoerente rispetto agli indici di natura economica. Questa circostanza può legittimare l'amministrazione finanziaria a rettificare il valore dei ricavi anche in presenza della congruità. In particolare, ciò è quanto potrà accadere con l'introduzione dei nuovi indici di coerenza della "normalità economica" (art. 10-bis, l. n. 146 del 1998). In passato, per il periodo d'imposta 2004, lo scostamento tra i ricavi dichiarati e quelli stimati dagli studi di settore nel periodo d'imposta, insieme alla contestuale incoerenza rispetto agli indici di natura economica, finanziaria e patrimoniale, consentivano l'accertamento per gli esercenti attività d'impresa in contabilità ordinaria, anche per opzione (tali contribuenti diversamente sarebbero stati suscettibili di accertamento solo qualora avessero dichiarato una incongruità per almeno due annualità d'imposta, anche non consecutive, su tre).

Più in generale, gli indici di coerenza costituiscono elementi di valutazione della incongruità. Così, ad esempio, l'incoerenza può dipendere da circostanze, come l'obsolescenza dei macchinari o le particolari modalità di valutazione contabile del magazzino che, in alcuni casi, possono giustificare l'incongruità dei ricavi, precludendo, perciò, l'accertamento. Altre volte, al contrario, rafforzano la fondatezza dello scostamento. Sul punto vedi le indicazioni fornite dalla Circ. 38 E/2007.

presuntiva a base fattuale descritto dall'art. 2727 del c.c.¹⁸¹. Si tratta, dunque, di “prove per induzione”, incapaci di dare una rappresentazione empirica del fatto ignoto ma, ciononostante, ritenute idonee a costituirne un valido indicatore di presenza. La loro struttura è, pertanto, quella dell'argomentazione critica, costruita sulla base di una regola di esperienza, che collega un fatto noto a quello ignoto¹⁸². La generale ammissibilità di questo strumento di prova si giustifica in virtù del suo rigore logico, che ne testimonia la corrispondenza all'interesse perseguito: decidere circa l'esistenza o l'inesistenza di un fatto per tutelare il bene giuridico protetto.

Nell'ambito degli strumenti di accertamento presuntivo del reddito, il fatto noto sarebbe costituito dall'insieme dei dati contabili e strutturali dichiarati dal contribuente; il fatto ignoto, oggetto di accertamento, coinciderebbe con il profitto che si stima come realmente conseguito dall'esercizio dell'attività produttiva. L'inferenza presuntiva emergerebbe, applicando al fatto noto la funzione di ricavo.

La funzione di ricavo si attergerebbe, quindi, secondo la cadenza tipica del meccanismo presuntivo, come una massima di esperienza con valore di regola generale. La sua forza inferenziale si giustificerebbe per essere stata elaborata in virtù di un'ampia base statistica idonea ad attribuirle una tendenziale astrattezza.

Per ottenere il valore di congruità dei ricavi, relativo all'impresa controllata, occorre allora applicare ai dati dichiarati dal contribuente la funzione di ricavo elaborata dalla studio di settore. In base a ciò, se il contribuente ha dichiarato un valore di ricavi o compensi incongruo,

¹⁸¹ Per un'agevole analisi circa la natura degli strumenti presuntivi di accertamento, ved. la relazione tematica redatta dalla Corte Suprema di Cassazione, “*Gli strumenti presuntivi di accertamento del reddito dal 1989: natura e conseguenze sul piano probatorio*”, 9 luglio 2009, in www.cortedicassazione.it; CORASANITI, *La natura giuridica degli studi di settore ed il problema dell'onere della prova*, in *Dir. ePrat. Trib.*, 2008, n. 1, pag. 13 ss.

¹⁸² Sulla “prova critica”, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Vol. I, Padova, 1936, pag. 682; con riferimento alla presunzione come prova critica, vedi pagg. 811-819; per l'inquadramento della presunzione tra le prove legali, vedi anche CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc.Civ.*, vol. III, p. 247 e ss.

dovrebbe potersi dire che ha dichiarato un *quantum* di ricavi o compensi inferiore a quello effettivamente conseguito.

La ricostruzione è senz'altro suggestiva, tuttavia emerge un primo dubbio: la normalità economica costituisce realmente un valido criterio di analisi della redditività di un'azienda? Ed ancora occorre chiarezza: il tipo di normalità considerato dagli studi di settore coincide con la normalità intesa in senso empirico, che è di regola sottesa nei processi logico-presuntivi?

5. Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, che ha investito gli strumenti standardizzati di accertamento tributario, si è concentrato sulla forza dell'inferenza presuntiva da questi espressa .

Con specifico riferimento agli studi di settore, l'art. 62 sexies , comma 3, d.l. 331/1993, convertito nella Legge 427/1993, così dispone: “gli accertamenti di cui agli articoli 39, primo comma, lettera d), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, e di cui all' art. 54 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, possono essere **fondati** anche sull'esistenza di **gravi incongruenze** tra i ricavi, i compensi ed i corrispettivi dichiarati e quelli **fondatamente desumibili** dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta, **ovvero** dagli studi di settore elaborati ai sensi dell'articolo 62-bis del presente decreto”.

Il riferimento è all'accertamento di tipo analitico-induttivo disciplinato, ai fini delle imposte dirette, dall'art. 39, lett. d) del D.P.R. n. 600 del 1973. Si tratta di una modalità di accertamento che, pur muovendo dalle registrazioni contabili, esita in una ricostruzione induttiva dei maggiori ricavi. La norma in questione dispone infatti che: “per i redditi d'impresa delle persone fisiche l'ufficio procede alla rettifica: [...] d) se l'incompletezza, la falsità o l'inesattezza degli elementi indicati nella dichiarazione e nei relativi allegati risulta dall'ispezione delle scritture contabili [...]. **L'esistenza di attività** non dichiarate o la inesistenza di

passività dichiarate e' desumibile anche sulla base di presunzioni semplici, purché queste siano gravi, precise e concordanti”.

Il dato normativo appare incerto. In particolare, non è chiaro se lo scostamento segnalato dallo studio di settore (e in passato dai parametri) costituisca di per sé una incongruenza sufficientemente grave per fondare l'accertamento o, diversamente, sia soltanto un indicatore da cui desumere la stima potenziale dei ricavi, ferma restando la necessità di compiere una distinta valutazione sulla fondatezza e sulla gravità dell'incongruenza rilevata.

Nel primo caso, si tratterebbe di presunzione legale da sola sufficiente a fondare l'accertamento. Nell'altro, le stime sui ricavi sarebbero meri indizi con possibilità di evolversi in prova presuntiva, solo se confortati da altri elementi da cui far emergere la loro gravità, precisione e concordanza, in base a quanto dispone l'art. 2729 del codice civile.

6. Secondo l'impostazione seguita dall'Agenzia delle Entrate, gli studi di settore costituirebbero presunzioni legali¹⁸³ relative, idonee di per sé a costituire prova legale. Diverse sono le ragioni addotte a sostegno di tale assunto. Innanzitutto, la loro collocazione normativa: l'art. 62 sexies, del d.l. 331 del 1993, utilizzando la congiunzione “ovvero” equiparerebbe lo scostamento emergente dallo studio di settore alle gravi incongruenze idonee da sole a fondare l'accertamento¹⁸⁴.

Il dato troverebbe conferma nell'art. 10, comma 1 della L. 146/98 che, a seguito della riforma introdotta con la Legge finanziaria per il 2007, ammette la possibilità di procedere all'accertamento in virtù della sola

¹⁸³ Seguendo la concezione sostanzialistica, lo scostamento da sds costituirebbe l'elemento costitutivo della fattispecie di infedeltà fiscale del contribuente nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

¹⁸⁴ TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, pag. 234, Torino, 2000. Proprio in virtù della loro natura di presunzione legale, la legge, al fine di garantire la tenuta razionale del sistema, indicherebbe in modo espresso le cause di esclusione della loro applicabilità (art. 10, comma 4, L. 146/98); in senso contrario MARCHESELLI, *L'efficacia probatoria degli studi di settore*, Riv. Giur. Trib. 2004, pag. 994; cfr. GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, op. Cit., pag. 64, ove l'A. distingue tra i casi in cui è limitata la prova della non operabilità delle presunzioni legali tributarie, e le ipotesi in cui la legge pone dei limiti alla prova negativa del fatto presunto (che negli studi di settore sarebbe sempre concessa).

circostanza che i ricavi dichiarati siano inferiori al valore puntuale di riferimento. La norma non fa espresso richiamo al requisito della grave incongruenza e ciò confermerebbe che lo scostamento dallo studio di settore è implicitamente grave.

In base a questa impostazione gli Uffici delle Entrate potrebbero procedere ad un accertamento automatico, motivandolo sulla base del semplice scostamento (si parla a tal proposito di “catastalizzazione” del reddito¹⁸⁵).

Per quanto riguarda il rilievo che assume nel procedimento di accertamento il contraddittorio con il contribuente, si rileva che, in base all’art. 10 della L. 146/98, esso costituisce una fase non essenziale. E’ previsto, infatti, che l’Ufficio inviti il contribuente a comparire, allo scopo di procedere alla definizione mediante adesione secondo l’art. 5 del D.lgv. 218/1997. Ne consegue che, ove il contribuente non si presenti, l’amministrazione sarà legittimata ad emanare l’avviso di accertamento in virtù della sola incongruità dei ricavi dichiarati¹⁸⁶.

Secondo questa impostazione, il contraddittorio attiene ad un modello semplificato e non indispensabile di conclusione del procedimento accertativo, la cui attivazione presuppone la predisposizione dell’atto di accertamento fiscale, salvo un riesame da parte dell’ufficio, per l’appunto in sede di contraddittorio. In questo caso il controllo giungerà ad un esito negativo¹⁸⁷. Questo è l’ordine di idee invalso per lungo tempo, nondimeno le circolari interne dell’Agenzia delle Entrate hanno mantenuto al riguardo

¹⁸⁵ LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino 2006, pag. 329; CORASANITI, *La natura giuridica degli studi di settore*, op. cit., pag. 20.

¹⁸⁶ Nell’accertamento analitico, differentemente da quanto previsto, ad esempio, dalle disposizioni antielusive (art. 37-bis, D.P.R. 600/73) non è espressamente prevista dalla legge la necessaria richiesta di chiarimenti al contribuente. Tuttavia, nell’ambito di discrezionalità amministrativa che spetta agli Uffici Accertatori, può ritenersi che l’invito al contraddittorio sia strumentale proprio ad ottenere i chiarimenti suddetti, costituendo, così, momento necessario della fase conoscitiva che precede l’accertamento.

¹⁸⁷ Il d.l. 185/08 ha aggiunto all’art. 5 del D.lgv. 218/95 il comma 1-bis, in base al quale il contribuente può aderire al contenuto dell’invito a comparire, predisposto per la definizione mediante adesione, mediante comunicazione al competente Ufficio, versando le somme “dovute” entro il quindicesimo giorno antecedente la data fissata per la comparizione.

una posizione che può definirsi perplessa. Invero, si è ribadita la natura di presunzione legale degli studi di settore, ma al contempo si sono indirizzati gli accertatori a tenere conto della gravità dello scostamento in sede di “selezione” delle posizioni da sottoporre a controllo¹⁸⁸. Emerge così una contraddizione di fondo nell’interpretazione e nell’applicazione degli studi di settore da parte degli Uffici accertatori: se lo studio di settore è, come si è asserito, un valido strumento di accertamento, per quale ragione dovrebbe essere necessaria una ulteriore indagine circa la gravità dell’incongruenza?

E tuttavia, la sufficienza dei parametri e degli studi di settore a fondare l’accertamento tributario è, ancora, ribadita di recente da una parte della giurisprudenza di legittimità. Si avverte, però, in queste pronunce, l’esigenza di distinguere tra gli strumenti di accertamento presuntivo e la loro applicazione concreta, effettuata in base al contenuto della dichiarazione presentata dal contribuente. Si tenta in tal modo di superare il disagio prodottosi dal dover applicare al caso concreto una regola astratta, che non ha la dote della generalità, effettuando una operazione di personalizzazione dell’accertamento standardizzato¹⁸⁹.

7. Contro la possibilità di qualificare gli studi di settore e prima ancora i parametri, quali presunzioni legali, militano almeno due argomenti di ordine generale. Innanzitutto, il rischio di trasformare le procedure di

¹⁸⁸ Circolare 32/E del 2007, secondo cui la valenza probatoria dei ricavi e compensi, stimati sulla base dello studio di settore, è quella di una presunzione relativa, dotata dei requisiti di gravità, precisione e concordanza.

Ivi si afferma che gli accertamenti basati sugli studi di settore possono essere effettuati ogni qualvolta il contribuente dichiara ricavi o compensi “non congrui” rispetto alla stima, *senza che l’Amministrazione finanziaria debba fornire ulteriori dimostrazioni* a sostegno della pretesa tributaria. Nel testo della circolare si chiarisce inoltre che, in sede di selezione delle posizioni da sottoporre a controllo sulla base degli studi di settore, gli Uffici dovranno considerare prioritariamente gli scostamenti maggiormente significativi, onde assicurare la massima proficuità dell’azione accertatrice, sia in termini di effettivo recupero di base imponibile che di deterrenza verso le situazioni a maggior rischio di evasione.

¹⁸⁹ Cass. sez. trib. Sent. N. 24912/2008; Sent. N. 3288/2009; Comm. Trib. Prov. Forlì, 29. 06. 2009, n. 68; Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, 16. 03. 2009, n. 21.

accertamento standardizzato in strumenti di determinazione legale del reddito¹⁹⁰, in contrasto con i principi costituzionali di riserva di legge e di capacità contributiva, stabiliti rispettivamente agli artt. 23 e 54 della Costituzione. A questa obiezione si potrebbe però controbattere che l'invito ad aderire e il conseguente contraddittorio tra amministrazione fiscale e contribuente costituirebbero valido antidoto ad una predeterminazione per via amministrativa della capacità contributiva¹⁹¹.

Ma vi è di più.

Infatti, una più marcata contraddizione emerge laddove si vogliono considerare gli strumenti di accertamento standardizzati quali presunzioni legali. L'inferenza logico-presuntiva, che sottende sia agli studi di settore sia ai parametri, infatti non è tale da soddisfare automaticamente i requisiti di precisione, gravità e concordanza. Nel ragionamento presuntivo, la gravità deve rappresentare il grado più o meno elevato di probabilità del fatto. Ebbene, la struttura dello studio di settore non consente il raggiungimento di un elevato grado di probabilità del risultato conseguito.

Nell'applicazione degli studi di settore, infatti, è fisiologica la definizione di un "intervallo di confidenza" tra il ricavo presuntivo minimo e quello "puntuale" su cui si attesta il grado di congruità preteso dal contribuente. Ne consegue che, nell'applicazione pratica degli studi di settore, l'ipotesi più probabile è che i ricavi dichiarati dal contribuente si collochino all'interno dell'intervallo di confidenza e al di sotto, quindi, dell'indice puntuale di congruità. Sarebbe perciò irragionevole forzare la logica delle cose e ritenere che il semplice scostamento sia di per sé presunzione grave

¹⁹⁰ NICCOLINI, *Studi di settore e motivazione: riflessione alla luce dei più recenti interventi legislativi*, in *Dir e prat.trib.*, 2008, VI, P. I, pag. 1089.

¹⁹¹ La Corte Costituzionale (sent. 105 del 2003, richiamata dalla Corte) ha salvato dalla declaratoria di incostituzionalità i parametri, in quanto la ragionevolezza del sistema e la difesa del contribuente sarebbero tutelati dalla possibilità di fornire la prova contraria a quanto desunto in via di accertamento presuntivo, mediante il ricorso al contraddittorio tra contribuente e amministrazione fiscale. La possibilità di addurre la controprova è stata ritenuta garanzia di ragionevolezza idonea a garantire il diritto di difesa, anche in tema di applicabilità delle sanzioni per lavoro irregolare, in passato anch'esse di competenza degli Uffici fiscali. Sent. N. 144 del 2005).

di infedeltà del contribuente¹⁹². Da queste considerazioni emerge come negli strumenti di stima presuntiva dei ricavi manchi, in realtà, una giustificazione logica sufficiente allo scopo di accertamento perseguito¹⁹³.

In base a quanto osservato, è opportuna una lettura più cauta dell'art. 62 sexies del d.l. 331/93: l'accertamento analitico induttivo può fondarsi sugli studi di settore solo a condizione che dagli stessi sia fondatamente desumibile un livello di incongruenza grave tra ricavi dichiarati e ricavi accertabili. L'incongruità emergente dall'applicazione dello studio da sola non basta a sostenere il giudizio di gravità. A ben vedere, essa costituisce solo il presupposto per procedere alle modalità di accertamento analitico-induttivo disciplinate all'art. 39 del D.P.R. 600/73, e non integra di per sé prova sufficiente dell'evasione fiscale.¹⁹⁴

Gli Uffici Accertatori non possono, perciò, limitarsi a constatare la sussistenza dello scostamento, né possono limitarsi a valutare come genericamente inconsistenti le contestazioni sollevate in contraddittorio dal contribuente. L'ente impositore, invece, deve motivare puntualmente le ragioni della grave incongruenza, in modo da fare emergere l'elevata probabilità di un'infedele omissione di ricavi nella dichiarazione fiscale. A seguito del contraddittorio, l'atto di accertamento deve motivare in modo

¹⁹² MARCHESELLI, *L'efficacia probatoria degli studi di settore*, cit., pag. 991, secondo sui la collocazione degli studi di settore nell'ambito della lett. d) dell'art. 39, D.P.R. 660/73, consentirebbe di ricondurre lo strumento di accertamento presuntivo considerato nel novero delle presunzioni semplici.

¹⁹³ In dottrina (GENTILI, op. cit., pagg. 18, 24) si è affermato che nel diritto tributario, anche quando vi è un basso grado di "perfezione" logica della regola di esperienza, le presunzioni legali avrebbero comunque sufficiente giustificazione perché la repressione del rischio di evasione fiscale e l'agevolazione dell'onere probatorio per l'amministrazione finanziaria sarebbero interessi meritevoli di particolare tutela. Si teorizza in sostanza che la meritevolezza dell'interesse vale a giustificare la presunzione anche quando la sussistenza del fatto presunto è improbabile. La tesi non può essere accolta perché, nel quadro del bilanciamento costituzionale degli interessi giuridici, alcuno di questi interessi giustifica l'arbitrio del legislatore, nemmeno il *favorfisci*.

¹⁹⁴ FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, p. 502-504, Padova, 2008, secondo cui il metodo di accertamento induttivo e la prova per presunzioni, pur presentando analogie strutturali, costituiscono strumenti di indagine profondamente diversi. Nel metodo induttivo, infatti, in luogo delle regole di esperienza e del rapporto di causalità si farebbe applicazione di studi condotti dalla Finanza per ciascun settore economico. Nel senso che l'applicazione degli strumenti standardizzati di accertamento presuppone un surrettizio giudizio di inattendibilità delle scritture contabili, sembra la ricostruzione offerta da LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, pag. 573.

altrettanto puntuale le ragioni che consentono di superare le giustificazioni addotte dal contribuente¹⁹⁵.

Queste osservazioni sono oggi condivise anche dall'Amministrazione Finanziaria il cui orientamento ha difatti subito una svolta. Con le circolari 41/E del '07 e 5/E del '08, si è addirittura precisato che gli studi di settore costituiscono presunzioni semplici.

La circolare n. 5/E del '08 si è spinta ancora più in là nel processo di destrutturazione della natura presuntiva degli studi di settore. Si afferma, infatti, che gli Uffici delle Entrate non possono emettere degli atti di accertamento automatizzato sulla base del solo scostamento del ricavo dichiarato da quello calcolato in base allo studio di settore. Devono, invece, valutare l'effettiva situazione produttiva del contribuente e l'applicabilità in concreto dello studio di settore. Questa verifica deve essere eseguita **anche nel caso in cui il contribuente non partecipi al contraddittorio**, dovendo in questo caso l'Ufficio rafforzare il risultato dello studio di settore con altri dati in proprio possesso. Con particolare riferimento a quei contribuenti che si collocano all'interno dell'intervallo di confidenza, l'ufficio deve considerare il valore dei ricavi dichiarati come un valore "possibile"¹⁹⁶.

8. Alla luce di queste considerazioni, sarebbe legittimo dubitare che gli studi di settore siano vere presunzioni legali, in considerazione dell'inidoneità del fatto noto. Oppure si può ritenere –coerentemente a quanto sostenuto nel capitolo precedente – che anche le presunzioni legali siano suscettibili di un controllo di attendibilità dell'inferenza legale al caso concreto.

¹⁹⁵ Sull'essenzialità di un valido corredo motivazionale anche nell'avviso di accertamento emesso in base agli studi di settore, vedi NICCOLINI, *Studi di settore e motivazione: riflessioni alla luce dei più recenti interventi legislativi*, in Dir. eprat. trib., 2008, N.6, pag. 1092 e ss.

¹⁹⁶ Secondo il testo della circolare, i contribuenti che si collocano "naturalmente" all'interno del c.d. "intervallo di confidenza", devono considerarsi generalmente in linea con le risultanze degli studi di settore, in quanto si ritiene che i valori rientranti all'interno del predetto "intervallo" hanno un'elevata probabilità statistica di costituire il ricavo/compenso fondatamente attribuibile ad un soggetto esercente un'attività avente le caratteristiche previste dallo studio di settore.

Nell'ipotesi degli Studi di Settore, tale tesi trova conferma nella centralità rivestita dal contraddittorio tra A.F. – che deve dare applicazione agli S.d.S.- e contribuente nella fase di istruttoria procedimentale.

Ed è alla luce di questa condirezione che le SS.UU. - malgrado il dato normativo - attribuiscono agli S.d.S. la natura di presunzione semplice¹⁹⁷.

La Corte di Cassazione esclude innanzitutto che gli studi di settore possano costituire di per sé presunzione legale. A tal proposito la Corte focalizza la propria attenzione sulle caratteristiche del fatto noto, che costituisce il punto di partenza dell'indagine presuntiva. Il fatto noto è un dato empirico, oggettivamente osservabile e, perciò, incontestabile. La sua esistenza è indiscutibile, non dipendendo dal suo livello di notorietà. E', infatti, del tutto ininfluenza il grado di conoscenza o conoscibilità soggettiva. Si è detto che nell'inferenza presuntiva, il fatto noto si contraddistingue in negativo per la inidoneità a rappresentare quello

¹⁹⁷ CASS. SS.UU.26638-7-6-5 DEL 18. 12. 2009 che ha fissato in modo netto i principi di diritto:

- 1) La procedura di accertamento standardizzato costituisce un sistema di presunzioni semplici, la cui gravità, precisione e concordanza non sono *ex lege* determinate in relazione ai soli standard in sé considerati.
- 2) L'applicazione degli standard al caso concreto deve essere dimostrata dall'Ente impositore. I requisiti di gravità, precisione e concordanza devono essere soddisfatti in sede procedimentale, in seguito al contraddittorio con il contribuente sottoposto ad accertamento.
- 3) Quest'ultimo, in sede di contraddittorio, può difendersi allegando contestazioni specifiche che facciano emergere la non inerenza del risultato presuntivo alla concreta realtà economica dell'impresa; la sua mancata comparizione costituisce comportamento valutabile dall'Ufficio accertatore.

La natura di presunzione semplice è stata ribadita dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Guido Ray, a conclusione dei suoi lavori. Al paragrafo n. 6.3 della Relazione si afferma che lo scostamento da sds è a tutti gli effetti una anomalia che può sorreggere da sola l'accertamento, tenuto conto del contesto probatorio complessivo. La ragione per cui gli sds non possono essere utilizzati in via automatica non deriverebbe, quindi, dalla necessità di rafforzare l'inferenza presuntiva con ulteriori indici di grave incongruenza, ma dalla circostanza che la procedura richiede il contraddittorio con il contribuente. E' interessante notare che la Relazione Ray (del 31 gennaio 2008) è praticamente contestuale all'emanazione della Cir. 5/E del 23 gennaio 2008.

ignoto. La prova del fatto ignoto si ricava allora dal fatto che, in base ad una massima di esperienza, è possibile affermare criticamente che in presenza del fatto noto, di regola, esiste quello ignoto. La massima di esperienza descrive, in sostanza, una relazione di normale coincidenza tra due fatti (quello noto e quello ignoto) che orbitano intorno allo stesso nucleo fattuale, in quanto l'uno costituisce l'appendice o lo sviluppo consequenziale dell'altro. Perché il fatto noto possa costituire elemento strutturale di una presunzione legale, occorrono allora due condizioni: 1) deve esprimere una indubbia ed oggettiva idoneità ad evocare quello ignoto; 2) deve condividere col fatto ignoto di cui si ipotizza l'esistenza, l'applicabilità di una stessa regola di esperienza.

La Cassazione esclude che i parametri e gli studi di settore costituiscano un fatto noto dotato di certezza ed idoneità a rilevare con sufficiente probabilità il reddito del contribuente.

Le circostanze di fatto considerate dagli studi di settore sono soltanto alcune tra quelle che potrebbero essere prese in considerazione (basti pensare all'importanza determinante delle doti manageriali soggettive del titolare dell'impresa).

Per la Corte, il momento più importante dell'accertamento, mediante l'applicazione dei parametri o degli studi di settore, è, quindi, il contraddittorio con il contribuente, che consente di ricavare quegli ulteriori elementi concreti necessari a verificare l'adeguatezza al caso specifico delle stime presuntive dei ricavi.

Solo alla luce dei dati emergenti in sede di contraddittorio, è possibile attribuire alle stime standardizzate sui ricavi le caratteristiche della gravità, precisione e concordanza. In questo modo l'elaborazione standardizzata dei ricavi potrà operare come una presunzione semplice, facendo gravare sul contribuente l'onere della prova contraria.

La Corte, peraltro, dichiara così di aderire all'orientamento classico per cui la presunzione legale, a differenza di quella semplice, produce una inversione dell'onere della prova.

Questa impostazione merita però un approfondimento. Posto, infatti, che il fatto noto nel meccanismo presuntivo non è rappresentativo di quello che deve essere accertato, la sua allegazione non serve soltanto a delineare il fatto controverso, quanto a provarlo. Forse è possibile allora concludere che non si tratti di vera inversione della prova. Chi vuole giovare della presunzione, infatti, deve dare quantomeno la prova dell'inerenza del fatto noto alla sua pretesa¹⁹⁸.

9. Sul punto va, però, osservato che il giudizio di inadeguatezza condotto dalle SS.UU. in riferimento al fatto noto, sottende in realtà un più profondo giudizio di inadeguatezza della massima di esperienza che viene applicata negli accertamenti standardizzati del reddito¹⁹⁹. Non vi può essere dubbio, infatti, che gli elementi strutturali di una impresa non valgono da soli ad evocare i ricavi prodotti quanto, piuttosto, quelli potenzialmente producibili (di qui la critica alla efficacia del fatto noto considerato dagli studi di settore).

Ma il cuore vero della questione è che, nella elaborazione “in vitro” dell'inferenza presuntiva sui ricavi, ciò che non convince è il valore generale ed astratto della regola di esperienza che si assume essere cristallizzato nella “funzione di ricavo”. Si tratta di una massima di

¹⁹⁸ PATTI, in commentario del cod. civ. sub art. 2697, pagg. 8, 9 (sub nota n. 3, in riferimento all'allegazione del fatto notorio), 10; COMOGLIO, Digesto delle discipline privatistiche (1987), voce *Allegazione*, pagg. 277, 278; VERDE, Enc. del dir. voce *Prova* (Dir. Proc. Civ.), pagg. 611, 618; PUGLIATI, Enc. del dir., voce *Eccezione* (Teoria generale), pag. 156.

¹⁹⁹ Vengono richiamate dalle SS.UU. le precedenti decisioni adottate dalla Cassazione con le sentenze. nn. 27648/2008 e 4148/2009: le decisioni in questione riguardano, nella specie, avvisi di accertamento notificati in base ai parametri ma applicano principi che valgono anche per gli studi di settore, alla cui normativa peraltro esse fanno esplicito riferimento. Nella motivazione della Sentenza n. 27648/2008, la Corte chiarisce che l'applicazione dei parametri presuppone il “normale” svolgimento dell'attività e perciò va esclusa quando vi è un esercizio “non normale”. Il pregio della decisione sta nell'ancorare la presunzione fiscale alla nozione di normalità, riconducendola così ai canoni del diritto civile. Tuttavia, la Cassazione in questo modo postula l'adeguatezza, in vero opinabile, della normalità economica a costituire criterio applicativo della prova presuntiva.

In modo più convincente la Sentenza n. 4148/2009 esige un raffronto dei parametri ai fatti concreti che impongono la “flessibilità” degli strumenti presuntivi. Proprio questa flessibilità non si addice alle presunzioni legali, mentre è caratteristica insita in quelle semplici.

esperienza che, in quanto fissata in modo rigido all'interno di un atto generale di esercizio del potere amministrativo, non recepisce le esigenze di flessibilità del mondo reale e del mercato. Non può costituire, a nostro avviso, la base di una presunzione legale.

L'accertamento dei redditi mediante presunzione presuppone, invero, la piena razionalità del sistema economico. Tuttavia, è ormai chiaro che i sistemi economici moderni non seguono più gli schemi classici e razionali dell'efficienza paretiana. Le strutture e i processi, mediante cui si articola l'impresa, non sono cristallizzabili dentro forme tipiche, dotate di generalità ed astrattezza. Vi è, perciò, un'impossibilità genetica ad applicare i criteri della logica presuntiva legale alla produttività delle imprese.

In sostanza la normalità economica non esprime un livello di probabilità sufficiente a sostenere l'inferenza presuntiva²⁰⁰. Da qui la spinta verso la necessaria personalizzazione dei parametri e degli studi di settore nella loro applicazione al singolo caso concreto. In questo senso è apprezzabile il contributo della circolare n.5/E della Agenzia delle Entrate.

10. La Corte ha affermato che, nel caso in cui il contribuente non si presenti al contraddittorio presso la sede dell'Ufficio accertatore, quest'ultimo potrà motivare l'accertamento sulla sola base dell'applicazione dei parametri, dando conto dell'impossibilità di costituire il contraddittorio con il contribuente. Questa conclusione viene fatta valere anche rispetto all'accertamento da studio di settore.

In questo modo, però, gli studi di settore e i parametri si riappropriano di quelle qualità di gravità, precisione e concordanza precedentemente negate e, nuovamente guadagnano la natura di presunzione legale latente.

Le SS.UU. pervengono ad una conclusione che può apparire poco comprensibile. Di per sé, infatti, la mancata comparizione del contribuente

²⁰⁰ Sia che si accolga la tesi della presunzione legale quale strumento di conoscenza, sia che la si consideri strumento legislativo di qualificazione degli elementi della fattispecie, l'inferenza presuntiva deve soddisfare, infatti, il requisito dell'alta probabilità logica e, quindi, della univocità pratica della conclusione.

non ha alcun significato sotto il profilo probatorio, potendo al più valere quale argomento di valutazione ai sensi dell'art. 115 del c.p.c.

Le difficoltà della Corte nel chiarire con ferma convinzione la natura degli studi di settore sta in ciò: che a fronte del dato normativo che qualifica lo strumento di accertamento considerato come presunzione legale e tenuto conto del potere dell'A.F. di applicare la conclusione inferenziale in caso di mancata comparizione del contribuente al contraddittorio, si registra comunque una non univocità del fatto noto rispetto alla regola d'esperienza sottesa dalla normativa fiscale; e – si è detto – addirittura la regola di esperienza prescelta può essere criticabile.

Nono essendo ragionevole ritenere che gli S.d.S. siano presunzioni ad intermittenza – ora legali, ora semplici – è da dire che per risolvere la questione, la Corte non fa altro che ammonire l'A.F. circa la necessità di verificare, nel singolo caso concreto, l'attendibilità dell'inferenza legale-presuntiva. Conseguentemente, per l'eventualità di un contenzioso –in impugnazione dell'avviso di accertamento – ritiene l'esistenza di questo potere di valutazione in capo ai giudici tributari che –vale rammentarlo – non sono giudici del solo atto ma anche giudici del rapporto. Potere di valutazione che non attiene – come già detto – alla logicità dell'inferenza legale-presuntiva in astratto posta dal legislatore ma alla compatibilità della stessa rispetto al caso concreto, avendo riguardo delle caratteristiche del fatto noto. Si tratta, dunque, di un'indagine che ha quale fatto centrale di osservazione il fatto noto concreto allegato dal soggetto beneficiario dalla presunzione legale, allo scopo di verificarne l'idoneità ad essere, nel caso di specie, la base su cui poter applicare l'inferenza legale.

Non è esagerato affermare che, stando così le cose, tutto quanto argomentato nei capitoli che precedono ha un riscontro anche nell'interpretazione del più alto ed autorevole livello della giurisprudenza.

CONCLUSIONI

All'esito di questo studio è emerso come il tema delle presunzioni in generale e di quelle legali in particolare, sia un terreno scivoloso che va percorso con cautela e prima ancora osservato dall'alto.

Seguendo questo monito, dopo aver collocato il tema della prova presuntiva nell'ambito della relazione che si instaura tra le parti in causa ed il giudice, al fine della decisione sul fatto controverso, si è visto come, secondo la dottrina classica, mentre le presunzioni semplici afferiscono alla fase di valutazione della controversia, quelle legali riguarderebbero, invece, la sola fase della decisione, non incidendo perciò sulla formazione del convincimento del giudice.

A fronte di ciò, si è articolata l'indagine verso il percorso della chiarezza concettuale, cercando di comprendere la struttura e la funzione della prova presuntiva. In questo modo, analizzando gli elementi della fattispecie nell'ottica della semplificazione, si è sottolineato il ruolo del fatto impeditivo ricercandone l'autonomia rispetto al fatto presunto.

Ne è emerso che non vi è coincidenza tra fatto impeditivo e fatto presunto e se ne è ricavata la non divisibilità delle tesi che generalizzano la presunzione legale; tra queste, la tesi processualistica che, come noto, assimila l'istituto in esame alla regola sull'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c.

Ciò detto, si è operato con lo sforzo di fare chiarezza concettuale sulla presunzione legale, tenendo a mente la struttura generale della presunzione semplice e in modo particolare le caratteristiche del fatto noto.

Si perciò ritenuto di poter distinguere: 1) presunzioni meramente formali; 2) fattispecie presuntive; 3) presunzioni probatorie.

Nel primo caso, il legislatore usa il termine presunzione soltanto per comodità, esprimendo però una scelta autoritaria del diritto autonoma da ogni illazione logica. Questo dato però non accomuna tutte le ipotesi normative in cui il legislatore detta in modo espresso una presunzione legale.

Ed infatti, esistono ipotesi normative che hanno il loro motivo in una intuizione logico- presuntiva, a volte espressa nella rubrica della norma alte volte implicita nella struttura della fattispecie. Questo tipo di disposizioni non hanno però né la struttura, né la funzione della presunzione legale. Non ne hanno la struttura perché non esprimono alcun legame univoco tra il fatto secondario che si assume come fatto noto e quello ignoto; non ne hanno la funzione perché non sono dirette al giudice al fine dell'emanazione della decisione, ma operano fuori dal processo attribuendo posizioni giuridiche immediatamente attivabili. Non servono perciò a convincere il giudice, anche se possono essere prese a base della decisione, ma non servono neanche ad invertire l'onere della prova – come è invece il caso delle verità interinali. Se agiscono sul rischio per la mancata prova, lo fanno soltanto in modo indiretto.

In queste disposizioni, la probabilità o l'asserzione intuitiva si colloca sullo sfondo della norma, contrassegnandone la *ratio* e, quindi, l'ambito diretto di applicazione. Alla luce di ciò, il giudice, indipendentemente dall'attività delle parti può, nel caso concreto, accertare l'effettivo ambito di applicazione della fattispecie presuntiva e valutarne la compatibilità con l'ipotesi fattuale sottoposta al suo esame.

In questi casi, la presunzione legale è una tecnica di redazione legislativa che si caratterizza per il criterio di identificazione dell'ambito operativo della norma.

Anche questa ricostruzione non è però suscettibile di generalizzazioni. Esistono, infatti, delle ipotesi in cui la presunzione è vera prova legale. Serve, cioè, alla formazione del convincimento del giudice anche se nella misura e con l'efficacia probatoria stabilita dalla legge. In questa ipotesi, al giudice deve essere consentito, non tanto di accertare la logicità tratta dell'inferenza legale-presuntiva, quanto di verificarne l'attendibilità nel caso concreto guardando agli elementi strutturali della prova. Segnatamente, alle caratteristiche del fatto noto e alla eventuale presenza di elementi esterni idonei ad escludere e, quindi, impedire, l'efficacia legale di accertamento che la legge gli attribuisce in modo astratto.

Filippo Lo Presti

BIBLIOGRAFIA

ANDRIOLINuov. Dig. It., XIII, sez. civ. *Presunzioni*, Torino, 1957;

AUGENTI, *L'onere della prova*, 1932, Bologna;

BERGAMO, *Nota sulla dichiarazione di morte presunta e data di apertura della successione*, in *Gir. It.* 2001, n. 5;

BIANCA, *Diritto Civile VI, La proprietà*, Milano, 1999;

BIANCA, *Diritto Civile V, La responsabilità*, Milano, 1992;

BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in commentario al cod.civ. diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1980;

BOBBIO, *Sul ragionamento dei giuristi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1955,

BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto* Torino 1913;

CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, *Riv. Dir. proc. Civ.* 1938,

CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza*, in *Riv. Dir. Proc.* 1955,

CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova-1937;

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962;

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962;

CARNELUTTI *Sistema di Diritto Processuale*, Padova, 1936,

CARNELUTTI, *La Prova Civile*, Milano, ristampa della Scuola di Perfezionamento in diritto civile, Università di Camerino, 1992;

CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Torino, 1933;

CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori*, Riv. Dir. Proc. Civ. 1955;

CARNELUTTI, *Teoria Generale del Diritto*, a stampa dell'Univ. Camerino, 1988;

CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova*, in Riv. Dir. Proc. 2001;

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, ristampa 1999;

CATERINA, con SACCO in *Il possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2000;

CATTANEO, *Filiazione legittima*, in commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, Bologna- Roma, 1988;

CAVALLONE, in *Critica alla teoria delle prove atipiche*, Riv. dir. proc. 1978;

CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in Riv. Trim dir. proc civ. 1986;

CHIOVENDA, *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1965;

COMOGLIO, *Le Prove Civili*, Torino, 1998;

CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920;

CORASANITI, *La natura giuridica degli studi di settore ed il problema dell'onere della prova*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2008, n. 1;

CORDOPATRI, in *Enc. Dir.* voce, *Presunzione* (dir. priv.), 1986;

D'ANGELO, *Il controllo della Cassazione sui requisiti delle presunzioni semplici*, in *For. It.*, 1973;

DE MARTINO, *Della proprietà*, in commentario al cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, sub art. 880, Bologna- Roma, 1970;

DI MAJO, *La tutela dei diritti*, quarta edizione, Milano 2003;

FABBRINI, in *Dig. Disc. Priv.* XVI Torino 1996, voce *Presunzion*;

FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Scritti Giuridici I*, Milano 1989;

FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, parte generale, Padova, 2008,

FALZEA, *Enc. Dir.* IV, 1996, voce *Fatto Giuridico*;

FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939;

FANTOZZI, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008

FINZI, *Il Possesso dei diritti*, Milano, 1968;

GAZZONI, Manuale, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011;

GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, Padova, 1984;

GIORGIANNI, voce, Inadempimento, Dig. Disc. Priv. Torino 1959;

GIULIANI *Il concetto di prova, contributo alla logica giuridica*, Milano 1961;

GIUSTI, in *La proprietà e il possesso, Diritto Civile*,

GRASSO, *La pronuncia di merito*, pag. 248, Milano, 1967;

LA ROSA, *Principi di diritto tributario*, Torino 2006,

LESSONA, *Teoria delle Prove – nel diritto giudiziario civile italiano* Firenze, 1909;

LUISO, *Diritto Processuale Civile II*, Milano 2009;

LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001;

MARCHESELLI, *L'efficacia probatoria degli studi di settore*, Riv. Giur. Trib. 2004;

MASI, *La proprietà e il possesso*, in *Diritto Civile*, diretto da Lipari e Rescigno, Milano 2009;

MENCHINI, *Osservazioni critiche sull'onere di allegazione dei fatti giuridici del processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano 1993;

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, anche in *Digesto, disc. priv.* Torino 1949;

MENGONI; voce, *Responsabilità contrattuale*, Enc Dir. XXXIX, 1988;

MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, rist. 1966;

NICCOLINI, *Studi di settore e motivazione: riflessione alla luce dei più recenti interventi legislativi*, in *Dir e prat. trib.* , 2008, VI, P. I;

OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per indampimento delle obbligazioni*, *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1954;

PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. disc. Priv. Torino*, 1988;

PALAZZO, voce, *Presunzioni*, *Enc. Dir. XXXV*, Milano, 1986;

PATTI, *Prova testimoniale, presunzioni*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 2001;

PATTI, *Le Prove- parte generale*, in *Trattato Iudica e Zatti*, Milano, 2010;

PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir. IX*, Milano, 1961;

PUGLIATTI, *Enc. del dir. XIV*, voce *Eccezione* (Teoria generale), Milano, 1965; PUGLIATTI, *La trascrizione*, Vol. I in *Trattato di dir. civ. diretto da Cicu- Messineo*, 1959;

RAMPONI, *La Teoria Generale delle Presunzioni*, Torino 1890,

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999;

RUBINO, *La Fattispecie e gli elementi giuridici preliminari*, ristampa della scuola di perfezionamento in dir. civ. dell'Univ. Camerino, 1978;

SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. Dir. civ.* 1959;

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in Riv. Dir. Civ. 1957;

SACCO con CATERINA, in *Il possesso*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 2000;

SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ. 1954;

SCOZZAFAVA, *La proprietà e il possesso*, in Diritto Civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno;

TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in Foro. It. 1974, parte V;

TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in Riv. Trim ProcCiv. 1955;

TARUFFO, *Il giudice e lo storico*, in Riv. dir. Proc. 1967;

TARUFFO, *Presunzioni*, in Commentario Cendon- Prove, Milano, ed. 2008;

TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in Riv. Trim. dir. proc. Civ. , 1992;

TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, Riv. Dir. proc. 1973;

TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, Torino, 2006,

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Mil. 2009 pag. 257.

VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in For. It. 1971, parte V;

VERDE, *L'onere della prova*, ristampa, della Scuola di perfezionamento i dir. civ. Univ. Camerino, 1974;

VERSIGLIONI, *Prova e studi di settore*, Milano 2007;