La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola
Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile
ISSN 2281-8693
Pubblicazione del 8.9.2020
La Nuova Procedura Civile, 3, 2020

Centro Studi
Diritto Avanzato
Edizioni

Più probabile che non VS prudente apprezzamento[1]

Articolo di **Luigi VIOLA**

***Sommario**: 1. Il problema della causalità civile 2. La tesi giurisprudenziale prevalente 2.1. Le argomentazioni 2.2. Riflessioni critiche 2.3. Ulteriori riflessioni 3. La potenza dell'art. 116 c.p.c. 3.1. La nozione di prudente apprezzamento 3.2. La prudenza 3.3. Le ragioni del superamento del più probabile che non in favore del prudente apprezzamento 4. Conclusioni*

1. Il problema della causalità civile

Il codice civile, diversamente dal codice penale ex artt. 40-41 c.p., non presenta degli articoli dedicati espressamente alla causalità, limitandosi ad incisi a carattere generale come:

-cagiona ad altri un danno ingiusto ex art. 2043 c.c.

-causa a lui non imputabile ex art. 1218 c.c..

Pertanto, si è posto il dubbio circa le regole che governano la causalità civile[2].

2. La tesi giurisprudenziale prevalente

Come noto, la giurisprudenza prevalente[3] decodifica la causalità civile nel

[1] Il presente articolo non esprime il punto di vista del Comitato scientifico o della Redazione, ma solo quello dell'Autore.

[2] Per la verità anche la non imputabilità.

[3] Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 11.1.2008, n. 582, in *Foro It.,* 2008, 2, 1, 453. Per Cass. civ. Sez. III, 11/02/2014, n. 3010, in *QuotidianoGiuridico.it,* 2014, nel *regime dell'illecito civile, vige il principio della preponderanza dell'evidenza, per cui un evento è da ritenere causato da un dato comportamento quando il suo verificarsi per effetto di quel*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

senso del c.d. *più probabile che non*; ciò vorrebbe dire che un evento antigiuridico può dirsi causato dal comportamento umano, quando quest'ultimo è stato più probabilisticamente causa rispetto all'ipotesi in cui causa non sia stato.

Tale regola del c.d. *più probabile che non* viene spesso definita anche come preponderanza dell'evidenza (traducendo letteralmente da *preponderance of the evidence*).

La giurisprudenza più recente[4], sul punto, afferma che la c.d. preponderanza dell'evidenza costituisce, in realtà, la combinazione di due regole:

– la regola del "*più probabile che non*";

– la regola della "*prevalenza relativa*" della probabilità.

Per tale giurisprudenza[5], nel dettaglio:

-<<la regola del "più probabile che non", in particolare – per riprendere tale impostazione dommatica – implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa, sicchè, tra queste due ipotesi alternative, il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra: sarebbe infatti irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa. In altri termini, l'affermazione della verità dell'enunciato implica che vi siano prove preponderanti a sostegno di essa: ciò accade quando vi sono una o più prove dirette – di cui è sicura la credibilità o l'autenticità – che confermano quell'ipotesi, oppure vi sono una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa.

---

comportamento sia più probabile che non il suo contrario.

Sul tema delle presunzioni semplici è stato detto da Cass. civ. Sez. III, 09/02/2004, n. 2431, in *Arch. Civ*., 2004, 1483, che *le presunzioni semplici consistono nel ragionamento del giudice, il quale, una volta acquisita, tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario, deduce da questo l'esistenza del fatto principale ignoto; l'apprezzamento del giudice di merito circa il ricorso a tale mezzo di prova e la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di produzione, sono incensurabili in sede di legittimità, l'unico sindacato in proposito riservato al giudice di legittimità essendo quello sulla coerenza della relativa motivazione.*

[4] Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 6.7.2020, n. 13872 in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2020.

[5] Da ultimo cit.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

-Per parte propria, la regola della "prevalenza relativa" della probabilità, rileva – quanto al nesso causale, nel caso di cd. "multifattorialità" nella produzione di un evento dannoso (ovvero quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre) – allorchè sullo stesso fatto esistano diverse ipotesi, ossia diversi enunciati che narrano il fatto in modi diversi, e che queste ipotesi abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio, dovendo, invero, essere prese in considerazione solo le ipotesi che sono risultate "più probabili che non", poichè le ipotesi negative prevalenti non rilevano. Orbene, ricorrendo tale evenienza, vale a dire se vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa – sempre secondo l'impostazione dottrinaria di cui sopra – implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili>>.

2.1. Le argomentazioni

Le argomentazioni principali ed in favore della causalità intesa come *più probabile che non* sono essenzialmente le seguenti[6]:

a) la causalità civile non può essere come quella penale, in quanto in quest'ultima vi è la previsione dell'art. 533 c.p.p. che legittima la condanna solo quando l'imputato risulti colpevole "*al di là di ogni ragionevole dubbio*"; pertanto: se per il diritto penale vi è la necessità di superare il ragionevole dubbio e tale previsione non è presente espressamente nel diritto civile, allora quest'ultimo si accontenterebbe di un grado di certezza inferiore, che ben sarebbe il c.d. *più probabile che non*;

b) mentre nel diritto penale sussiste la presunzione di innocenza fino a prova contraria di cui all'art. 27 Cost., non è lo stesso per il diritto civile dove addirittura alcune disposizioni attribuiscono presunzioni di responsabilità c.d. speciali (ex art. 2051-2052-2053 c.c. ecc.); ciò dimostrerebbe che nel diritto

[6] Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 11.1.2008, n. 582, *già cit.*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

civile la responsabilità si può anche presumere perché più probabile rispetto all'innocenza;

c) la *ratio* della responsabilità civile sarebbe profondamente diversa da quella penale, in quanto la prima è tesa essenzialmente a riparare al pregiudizio ingiustamente arrecato, mentre la seconda a punire/sanzionare/rieducare l'autore del reato; tale osservazione ben spiegherebbe la ragione per cui il diritto civile potrebbe anche accedere ad una soglia probabilistica di responsabilità inferiore a quella penale: perché per il danneggiato poco conta esattamente chi ha commesso il fatto, ma ciò che per lui rileva è che il danno ingiusto si è verificato (questa logica si intravede anche nei meccanismi di solidarietà e regresso nella responsabilità ex art. 2055 c.c. ed art. 1292 c.c., tra gli altri).

2.2. Riflessioni critiche

La tesi del c.d. *più probabile che non* o preponderanza dell'evidenza[7] (*preponderance of the evidence*) presta il fianco ad alcuni rilievi critici, che di seguito si espongono:

-non è convincente il discorso che il diritto civile accetterebbe un grado di causalità basato sul *più probabile che non* in quanto deve essere diverso dal concetto di oltre "ogni ragionevole dubbio dell'art. 533 c.p.p."; certamente, il diritto penale pretende un grado di certezza massima, superando ogni dubbio così come normativamente previsto, ma ciò non dimostra per nulla che il diritto civile si accontenterebbe del c.d. *più probabile che non*; tale argomento prova solo che le causalità sono diverse, ma non che quella civile si basa sul *più probabile che non*; esemplificativamente: se affermiamo che l'art. 533 c.p.p. pretende una certezza del 100%, ma nulla è espressamente detto in ambito civile, ciò non implica per nulla che il diritto civile si accontenta del 51%; vuol solo dire, al più, che il diritto civile non pretende il 100%, ma non si può escludere che pretenda l'80% oppure il 70% ed altro ancora;

-è certamente vero che nel diritto penale sussiste il principio di innocenza fino a prova contraria ex art. 27 Cost., diversamente dal diritto civile, ma questo

[7] Pur non condividendo la traduzione letterale, si usa qui quella in voga nella giurisprudenza prevalente.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

nulla ha a che vedere con la causalità o con il grado di certezza che la materia pretende; diversamente, ha a che vedere con il diverso riparto dell'onere probatorio che, per il diritto penale grava sempre e per intero in capo all'accusa rappresentata dal p.m., mentre nel diritto civile può in parte gravare sul convenuto (accusato); a rigore, l'inciso *"l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"* ex art. 27 comma 2 Cost. si riferisce solo ad una considerazione che qualsiasi cittadino, ivi compresi quelli togati, devono avere nei confronti dell'imputato e, d'altronde, neanche nel diritto civile un soggetto può dirsi responsabile in assenza di sentenza passata in giudicato;

-vero è, poi, che la *ratio* del diritto civile è diversa da quella penale, ma ciò, ancora una volta, nulla dice circa il grado di causalità civile, ma al massimo solo che il diritto civile può pretenderne una inferiore; fermo restando che si ritiene che la ratio del diritto civile non è solamente riparatoria, ma anche preventiva, compensativa, sanzionatoria, punitiva (che possono tra loro coesistere[8]), ma anche fosse solo riparatoria ciò non legittima ad interpretare l'inciso "cagiona" (art. 2043 c.c.) o "imputabile" (art. 1218 c.c.) nel senso di è *più probabile che non* che abbia cagionato oppure è *più probabile che non* che sia imputabile.

2.3. Ulteriori riflessioni

Si ritiene utile evidenziare ancora una riflessione rispetto alla tesi prevalente del c.d. *più probabile che non* o preponderanza dell'evidenza.

Alcuni studiosi di matematica[9] applicata al diritto hanno ben evidenziato le contraddizioni dei sistemi probabilistici indicati dalla Cassazione; l'aritmetica delle probabilità è governata, in sintesi, dai seguenti tre assiomi

- positività, secondo cui la probabilità di un evento E è non negativa: $P(E) \geq 0$
- certezza, secondo cui la probabilità dell'evento certo Ω è uno: $P(\Omega) = 1$
- unione, secondo cui data la collezione numerabile di eventi reciprocamente

[8] PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. Dir. Civ*., 2011, 115; Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 5.7.2017, n. 16601, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2017. Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 12.06.2018, n. 15209, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2018.

[9] BIANCHI, *Il nesso causale nel diritto con formule matematiche: riflessione critica sulla giurisprudenza*, in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2020.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

esclusivi $E_1, E_2 \ldots P (U^{\infty}_{k=1} E_k) = \Sigma^{\infty}_{k=1} P (E_k)$.

Pertanto, se quelli indicati possono essere considerati gli assiomi delle probabilità, ben si comprende l'atteggiamento critico di alcuni "matematici[10]" rispetto ad enunciazioni giurisprudenziali come probabilità prevalente[11], probabilità qualificata[12], preponderante criterio dell'evidenza logica[13], ecc.; ad ogni modo il criterio del *più probabile che non* dovrebbe corrispondere alla probabilità (P) dell'evento (E) maggiore rispetto ad altra; quindi: $P (E) > 50\%$. Tale formula, però, non è prevista da alcun assioma sopra esposto, con la conseguenza che potrebbe proprio essere una creazione della giurisprudenza.

E poi, anche fosse stato creato dalla giurisprudenza un nuovo assioma, varrebbe in tutte le ipotesi di questioni di causalità?

La risposta è negativa, quando la giurisprudenza[14] introduce più di due ipotesi causalistiche, volendo applicare il medesimo criterio del *più probabile che non*.

In quest'ultimo caso, la stessa[15] parla esattamente di prevalenza relativa della probabilità: date più di due ipotesi alternative causali, andrà considerata vera quella relativamente più probabile (per esempio, se vi sono 3 cause alternative possibili pari al 30%, 30%, 40%, andrà considerata causa prevalente quella pari al 40%, ancorchè al di sotto del 50%).

Quest'ultima ipotesi è, però, pericolosa perché rischia di condannare civilmente un soggetto che abbia avuto una minima parte di responsabilità; a titolo meramente esemplificativo, ammettiamo una situazione con le seguenti cause alternative possibili:

Causa A per 10%

Causa B per un 10%

Causa C per un 10%

Causa D per un 12%

Causa E per un 8%

Causa F per un 10%

---

[10] Ancora BIANCHI, cit.

[11] Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 5.5.2009, n. 10285 in *Danno e Resp.,* 2009, 10, 959 con nota di MANENTI.

[12] Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza del 5.8.2010, n. 18270.

[13] Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 11.2.2014, n. 3010, in *Danno e Resp*., 2013, 5, 550.

[14] Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 6.7.2020, n. 13872, cit.

[15] Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 6.7.2020, n. 13872, cit.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

Causa G per un 10%

Causa H per un 10%

Causa I per un 10%

Causa L per un 10%

Data la situazione indicata ed il criterio del *più probabile che non (rectius:* prevalenza relativa della probabilità), il giudice dovrebbe attribuire la responsabilità totale dell'evento al soggetto che ha posto in essere la causa D, per un 12%; ciò è un *absurdum* che:

-non solo determina incertezza del diritto,

-ma soprattutto causa un depauperamento ingiusto in sfavore del titolare della causa D, che non dovrebbe in alcun modo risarcire il 100% del danno, ma a tutto concedere il 12%, avendo concorso (*rectius*: cagionato) solo in questa misura.

In questo senso, d'altronde, depone anche l'art. 1223 c.c., secondo cui il debitore deve risarcire solo per i danni che siano "*conseguenza immediata e diretta*"; ebbene, la conseguenza di una causalità del 12% non può che essere un danno del 12% e non oltre.

3. La potenza dell'art. 116 c.p.c.

Come si è visto, sul piano rigorosamente letterale e logico, la tesi del c.d. *più probabile che non* è foriera di criticità.

Come risolvere, allora, la questione della causalità civile?

Si ritiene di dover trovare risposta, non nel *più probabile che non* che è privo di copertura normativa, ma nella stessa lettera della legge, con particolare riferimento all'art. 116 c.p.c.

E' questo, difatti, il riferimento normativo che permette di filtrare le prove e, per questa via, il convincimento del giudice.

L'interprete non è legittimato a "creare" figure non presenti nel codice, ma solo ad interpretarle ex art. 12 preleggi[16], oppure a trovarle[17] nell'ordinamento laddove non espresse.

Il *più probabile che non* o preponderanza dell'evidenza non impone in alcun

[16] VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2018, 38.
[17] ROPPO, *Il racconto della legge,* Milano, 2019, 209.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

modo al giudice di ritenere causalmente provato un fatto per la ragione decisiva che ciò non è previsto dalla legge: ed il magistrato è soggetto solo alla legge ex art. 101 Cost.
Ciò che, invece, è previsto dalla legge è il suo prudente apprezzamento, ex art. 116 c.p.c., che può spingerlo anche a ritenere non causalmente provato un fatto pure laddove abbia raggiunto la soglia del c.d. *più probabile che non*.
Questo per merito delle ragioni che si esporranno nei seguenti paragrafi.

3.1. La nozione di prudente apprezzamento

Vediamo da vicino cosa si intende per prudente apprezzamento, che è nozione espressa nell'art. 116 c.p.c. rubricato espressamente "*valutazione delle prove".*
Tale articolo è costruito, al pari dell'art. 115 c.p.c., con un primo comma che rappresenta una regola e con un secondo comma che ne rappresenta l'eccezione[18]; questa precisazione è fondamentale per la latitudine interpretativa consentita ex art. 14 preleggi.
Il primo comma, che qui viene in rilievo, recita così:
il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.
Da tale enunciato si desume che:
-il giudice non può sottrarsi al dovere di valutazione delle prove, salvo i casi previsti dalla legge; ciò per merito dell'inciso "*deve*" contenuto nella legge a cui è soggetto (art. 101 Cost.); la conseguenza è che sono vietati automatismi;
-le prove sono valutate secondo il "proprio" prudente apprezzamento; per questo è scritto "*suo*"; non apprezzamento del consulente o dell'avvocato e neanche *sic et simpliciter* della scienza;
-il giudice deve procedere ad apprezzamento; ciò vuol dire che deve attribuire alle prove un valore: in questo consiste la sua valutazione (ad eccezione dei casi previsti dalla legge dove è lo stesso legislatore ad attribuire tale valore); esemplificativamente, se emergono le prove X, Y, Z, il giudice potrà ritenere X > Y > Z, con obbligo di motivazione che ha copertura costituzionale ex art. 111

[18] Per approfondimenti, CAPPONI, *sub art. 116*, in *Comm. Verde*, Vaccarella, I, Torino, 1997; CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *RIDPP*, 2008; VERDE, *Prova (dir. proc. civ.),* in *Enc. Dir.,* XXXVII, Milano, 1988.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

comma 6;
-la linea guida che il giudice deve seguire per valutare, dunque pesare, le prove è quella del "*prudente apprezzamento"*; è prudente[19] colui che si astiene dal porre in essere un comportamento avventato e rischioso.

3.2. La prudenza

La prudenza impone di pesare le prove con cautela, ai fini della decisione; ciò nega la possibilità di ritenere provato un fatto solo perché ancorato ad una statistica del *più probabile che non*[20] ovvero P (E) > 50%.
Parte della dottrina[21] ha già chiarito che non si può pretendere dal giudice l'utilizzo dei metodi delle scienze statistiche o probabilistiche, per la semplice ragione che così non è scritto nell'art. 116 c.p.c.
Chiariamo la nozione di prudenza con qualche esempio:
Tizio deve decidere se attraversare la strada o meno; ammettiamo che Tizio sappia che, se attraversa la strada, ha il 49% di possibilità di essere investito, con la conseguenza che la possibilità di non essere investito sarebbe maggiore per merito del criterio del *più probabile che non* (51%); schematicamente, se Tizio attraversa:
-ha il 49% di possibilità di essere investito;
-mentre ha il 51% di possibilità di non essere investito.
Nessuno potrebbe ragionevolmente suggerire a Tizio di attraversare la strada perché è più probabile che non venga investito (51%) rispetto all'ipotesi contraria (49%).
Verosimilmente, si suggerirebbe a Tizio di non attraversare la strada per prudenza, ovvero per evitare di causare danni a sé stesso o altri: questa è la

[19] Si legge nel vocabolario Treccani che la prudenza è *l'atteggiamento cauto ed equilibrato di chi, intuendo la presenza di un pericolo o prevedendo le conseguenze dei suoi atti, si comporta in modo da non correre inutili rischi e da evitare a sé e ad altri qualsiasi possibile danno.*
[20] Rileva MINARDI che: *se le presunzioni semplici devono essere gravi-precise-concordanti per essere ammesse ex art.2729 c.c., allora a fortiori anche le prove dovrebbero esserlo, con il corollario che la soglia del più probabile che non ovvero P (E) > 50% sarebbe davvero insufficiente per ritenere provato un fatto*; più chiaramente: anche le prove dovrebbero almeno essere gravi-precise-concordanti, ma così facendo si finisce per superare molto il semplice *più probabile che non;* dunque, il legislatore richiederebbe di superare il più *probabile che non* e giammai di ritenerlo sufficiente.
[21] CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile,* Padova, 1991, 394; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2012, 145.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

prudenza.
Ciò evidenzia, sul piano delle lettera della legge in connessione con la logica, che il *dictum* del prudente apprezzamento dell'art. 116 c.p.c. dovrebbe:
-non solo vietare ogni automatismo attraverso cui affermare che un fatto è causalmente provato perché dimostrato in misura del *più probabile che non*;
-ma anche spingere il giudice a ritenere insufficiente una prova ancorata al c.d. *più probabile che non*.
Poniamo il seguente caso:
Sempronio incontra Flavio; ne nasce una colluttazione; Sempronio prende a spintoni Flavio, il quale – per indietreggiare – inciampa e si cagiona delle lesioni; risulta più probabile che non la responsabilità di Sempronio, senza la cui condotta di spintoni vi sarebbe stata una probabilità inferiore di causazione delle lesioni.
Flavio, che agisce in via extracontrattuale, prova tutti gli elementi strutturali dell'illecito ex art. 2043 c.c. (danno, causalità, coefficiente psichico), con la precisazione che la causalità è provata nella percentuale del *più probabile che non.*
Ebbene nel caso esposto:
-se si accoglie la tesi del c.d. *più probabile che non*, allora Sempronio sarà tenuto al risarcimento intero per le lesioni subite da Flavio;
-se si accoglie la tesi che qui si espone, volta a valorizzare il prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c., allora Sempronio potrebbe non essere tenuto al risarcimento per intero, ma alla sola misura percentualistica con cui ha causato il danno (anche per merito dell'art. 1227 c.c.).
Proponiamo un ulteriore caso, ancora giuridico:
Caio ha la custodia del robottino Rudy, che vende al centro di una pubblica via; Caietto si avvicina per giocare, ma il robottino Rudy accelera e ferisce il ditino di Caietto.
Nel caso *de quo*:
-Caio è custode ex art. 2051 c.c., con la conseguenza di essere ritenuto responsabile del danno cagionato da Rudy;
-Caietto potrà agire contro Caio, ed è tenuto, secondo le regole generali in tema di responsabilità civile, a dare la prova che i danni subiti derivano dalla

www.LaNuovaProceduraCivile.com

cosa, in relazione alle circostanze del caso concreto[22]; tale prova consiste nella dimostrazione del verificarsi dell'evento dannoso e della relativa derivazione dalla cosa in custodia, e può essere data anche con presunzioni, giacché la prova del danno è di per sé indice della sussistenza di un risultato "anomalo", e cioè dell'obiettiva deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza che normalmente evita il danno;

-Caio potrebbe andare esente da responsabilità dando la prova del caso fortuito.

Ammettiamo, ora, che:

-Caietto fornisca la prova del 100% che il danno è stato determinato dal Rudy;

-Caio fornisca la prova che per il 51% di probabilità si è trattato di caso fortuito.

Che succede in tale ipotesi?

Succede[23] quanto segue:

-se applichiamo la teoria del c.d. *più probabile che non*, dovremmo concludere nel senso che Caio non è responsabile, in quanto è probabile causalmente che sia stato interrotto il nesso causale per caso fortuito e quindi la condotta di Rudy non era prevedibile;

-se applichiamo il criterio del c.d. prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c., dovremmo arrivare a concludere nel senso che Caio è responsabile in quanto la prudenza imporrebbe di non considerare provato il caso fortuito con una soglia del *più probabile che non* (51%).

3.3. Le ragioni del superamento del più probabile che non in favore del prudente apprezzamento

Si ritiene di privilegiare un'impostazione tesa a valorizzare l'art. 116 c.p.c.,

[22] Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 10.6.2020, n. 11096.

[23] Per Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 19.2.2008, n. 4279, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 579, *in tema di responsabilità per cose in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., il giudizio sull'autonoma idoneità causale del fattore esterno ed estraneo deve essere adeguato alla natura ed alla pericolosità della cosa, sicché tanto meno essa è intrinsecamente pericolosa e quanto più la situazione di possibile pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte dello stesso danneggiato, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo (costituente fattore esterno) nel dinamismo causale del danno, fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno e ad escludere, perciò, la responsabilità del custode.*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

superando il mero criterio del *più probabile che non*; ciò per merito di:

-un'interpretazione letterale;

-un'interpretazione per *ratio*;

-un'interpretazione sistematica[24], in senso lato.

Tutto in conformità alla lettera e spirito dell'art. 12 preleggi, che è l'unico espressamente rubricato *Interpretazione della legge*[25].

Nel dettaglio:

-sul piano letterale, come si è già accennato, il giudice è tenuto (è scritto "*deve*") ad eseguire un prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c.; è tenuto altresì ad un apprezzamento che sia prudente, con la conseguenza di poter escludere qualsiasi automatismo probatorio basato sul c.d. *più probabile che non*; diversamente, rischia di essere civilmente responsabile; e, d'altronde, il giudice è soggetto solo alla legge ex art. 101 Cost.: l'art. 116 c.p.c. è legge, mentre non lo è il criterio c.d. *del più probabile che non*;

-sul piano della *ratio legis*, il codice di rito è stato così pensato per rafforzare i poteri del giudice[26], alla luce di una crescente fiducia nei confronti della magistratura, pur trovando un compromesso tra potere giudiziario e legislativo[27]; questa è la ragione per cui l'art. 116 c.p.c. fissa al primo comma la regola della c.d. prova libera (prudente apprezzamento) ed al secondo comma l'eccezione delle cc.dd. prove legali;

-sul piano sistematico, sono presenti anche altri casi in cui il legislatore

---

[24] In tema di interpretazione sistematica, si legge in Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 3.4.2020, n. 7667, in *La Nuova procedura Civile*, 2, 2020, che *se è vero che l'interprete non può dare alle parole un significato quale che sia, un particolare rilievo va attribuito al termine "connessione" per ricavare già dell'art. 12 preleggi, comma 1, un'indicazione a favore dell'interpretazione sistematica, facendo riferimento al contesto in cui le locuzioni si trovano e non limitandolo esclusivamente alla legge nella quale sono inserite ma estendendolo all'intero ordinamento giuridico in vigore. Peraltro, la stessa "intenzione del legislatore", cui il predetto art. 12, attribuisce rilievo ai fini dell'interpretazione, è stata prevalentemente intesa in senso oggettivo, imponendo la ricerca di un significato conforme alla ratio legis o meglio alla ratio iuris. A venire in rilievo è piuttosto il canone della coerenza con l'intero sistema normativo, che trova implicita conferma dell'art. 12, comma 2 (per la via dell'evocazione dell'analogia legis e dell'analogia iuris come strumenti per colmare le lacune) e che dovrebbe già guidare l'interprete nella ricerca del significato "conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere". Può altresì affermarsi che il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo anche per prevenire l'antinomia con il diritto Euro-unitario e costituzionale e dunque evitare la formale disapplicazione della norma in questione.*

[25] Per l'art. 12 preleggi: IL ≥ IR ≥ AL ≥ AI (ipotizzando IL > 0, IR > 0, AL > 0, AI > 0); per approfondimenti, VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2018.

[26] Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, par. 29, 9° e 10° co.

[27] ANDRIOLI, *Commento al c.p.c., I, 3ª ed., Napoli, 1961, 336.*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

richiama la prudenza:

a) all'art. 2423 bis c.c. in tema di principi del bilancio;

b) a contrario, si parla di imprudenza nel codice penale all'art. 43 in tema di colpa.

Nel caso *a*), l'imprudenza viene decodificata nel senso che se un'entrata è probabile non va inserita nel bilancio, mentre se è probabile la perdita, allora dovrà essere inserita; la prudenza orienta l'atteggiamento del compilatore del bilancio, che deve esporre gli utili quando sono certi e le perdite se sono ragionevolmente probabili[28].

Nel caso *b*), si menziona l'imprudenza come difetto di diligenza, intesa come regola cautelare che viene vulnerata; è la realizzazione di un'attività positiva (o negativa) che non viene accompagnata a quelle cautele che l'ordinaria esperienza suggerisce di impiegare a tutela dell'incolumità e degli interessi propri ed altrui[29].

In definitiva, allora, il concetto di prudente apprezzamento, che non dovrebbe essere tradotto con libero convincimento[30], impone al giudice:

-di dare un peso alla prova;

-di essere prudente in tale attribuzione, con la conseguenza di non potersi accontentare di una soglia di certezza basata sul semplice *più probabile che non*, P (E) > 50%, perché in tal caso sarebbe imprudente in contrasto con quanto la legge gli impone ex art. 116 c.p.c.

D'altronde, laddove il legislatore ha voluto chiamare in gioco le probabilità, ciò è stato fatto espressamente come, esemplificativamente, con l'art. 348 bis c.p.c. ("*ragionevole probabilità di essere accolta*"), così concretizzando il noto brocardo/principio: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*; al più, il criterio *del più probabile che non* può essere decisivo in sede cautelare con riguardo al c.d. *fumus boni iuris*[31], laddove è possibile accontentarsi di una visione sommaria di

---

[28] BIANCHI, *Tecnica di consolidamento,* Milano, 1995, 115

[29] Così Cassazione penale n. 5576/1985.

[30] Si legge in MINARDI*, Il sindacato della Corte di Cassazione sulla valutazione imprudente della prova*, in LexForm.it, 2019, *liberiamoci dunque del principio del libero convincimento e sposiamo quello positivo del prudente apprezzamento di cui parla l'art. 116 c.p.c. per tutte le prove libere, e l'art. 2729 c.c. per le prove indirette, critiche, indiziarie che dir si voglia.*

[31] Il *fumus boni iuris* è alla lettera il fumo del buon diritto, "*l'odore*" che sussista il diritto vantato dal ricorrente.

Questa interpretazione alla lettera è a sua volta decodificata, invero, in almeno due modi:

— verosimiglianza circa la sussistenza del diritto vantato;

www.LaNuovaProceduraCivile.com

verosimiglianza[32] oppure di probabilità[33].

4. Conclusioni

Da quanto si è cercato di esporre, emerge che il criterio del c.d. "*più probabile che non*" incontra un limite difficilmente superabile nella lettera dell'art. 116[34] c.p.c., che pretende una valutazione delle prove ancorata alla prudenza e non all'automatismo, trattandosi appunto di prova libera e non legale; anzi, se un evento appare *più probabilmente che non* conseguenza di una condotta, a rigore, il criterio del "*prudente apprezzamento"* ben potrebbe indurre il giudice a non ritenere provato tale fatto.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

— probabilità giuridica di sussistenza del diritto vantato.
Per approfondimenti, si rinvia a VIOLA, *Il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.,* Milano, 2013, 35.

[32] La verosimiglianza è l'apparenza del vero, ciò che sembra ad una *summaria cognitio* rispetto alla *plena cognitio* che può scaturire soltanto dal giudizio "ordinario": il giudice non deve verificare tutto il quadro probatorio, sottoponendolo a critiche e controlli serrati, ma può ritenersi giustificato nell'emissione di un'ordinanza cautelare con la sola apparenza, da qualificarsi come credibile; così Trib. Bologna, Sez. spec. propr. industr. ed intell., ord. 12 giugno 2006.

[33] Trib. Bari, 15 aprile 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008. Trib. Castrovillari, sent. 30 dicembre 2011. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari,* in *Enc. Giur., XXIV,* Roma, 1991; FIORUCCI, *Provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.,* Milano, 2009, 113.

[34] Per MINARDI, *già cit., il rapporto della Suprema Corte con la clausola generale del "prudente apprezzamento" è un pessimo rapporto.*