La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola
Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile
ISSN 2281-8693
Pubblicazione del 7.6.2021
La Nuova Procedura Civile, 3, 2021

duepuntozero & Diritto Avanzato

Libero convincimento VS Prudente apprezzamento: formula della prova del fatto[1]

Articolo di **Luigi VIOLA**

Sommario: 1. Introduzione 2. Questione 3. Tesi del libero convincimento 4. Antitesi del libero convincimento 5. Esempio: come opera la prudenza nelle disposizioni sulla responsabilità civile 6. La formula per provare il fatto 7. Conclusioni

www.LaNuovaProceduraCivile.com

[1] Il testo propone i più recenti approdi di un progetto di ricerca, oggetto di confronto continuo in sede di *Centro Studi Diritto Avanzato.*

1.Introduzione

Ogni questione giuridica è composta da fatto e diritto[2]; qualsiasi provvedimento giudiziario qualifica giuridicamente un fatto.

Si può dire che il provvedimento giudiziario procede alla sussunzione del fatto nel diritto

PG : F --> D (letto come il provvedimento giudiziario manda il fatto nel diritto).

Eppure fatto e diritto sono semplificazioni perché:

-il primo rileva nel processo solo in quanto provato[3], per cui per fatto deve intendersi solo quello provato;

-il secondo non esiste, se non per come viene interpretato, per cui per diritto deve intendersi l'interpretazione[4] della legge[5].

Relativamente al fatto provato, sempre più di frequente si parla di "*libero convincimento*" del giudice, intendendo con questo inciso un ampio margine di discrezionalità non sindacabile.

Solitamente la sua giustificazione normativa, per ciò che attiene il processo civile, viene rintracciata negli artt. 115 – 116 c.p.c.

Eppure tali articoli non menzionano espressamente la libertà, ma anzi sembrano finalizzati ad arginarla.

---

[2] E' nota la locuzione latina: *da mihi factum, dabo tibi ius.*

[3] Oppure non contestato.

[4] Sul ruolo dell'interprete, si veda LONGOBUCCO, Il ruolo dell'interprete nel pensiero e nell'opera di Piero Schlesinger, in *Corriere Giur.,* 2021, 4, 543.

[5] Sia consentito sul punto, un rinvio a VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, Milano, 2018. Si veda anche VIOLA (a cura di), *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici* (Atti del Convegno tenutosi presso l'Istituto dell'enciclopedia Italiana Trecccani), Milano, 2019, con contributi di Contributi di Stefano AMORE, Giuseppe BUFFONE, Tiziana CARADONIO, Veronica CASALNUOVO, Caterina CHIARAVALLOTI, Pietro CHIOFALO, Gianfranco D'AIETTI, Gaetano DANZI, Valerio de GIOIA, Mirella DELIA, Michele FILIPPELLI, Jasna GERIC, Pierluigi GILLI, Andrea GIORDANO, Manuela RINALDI, Serafino RUSCICA, Piero SANDULLI, Matteo SANTINI, Stefano SCHIRÒ, Marco SCIALDONE, Giulio SPINA, Luisa Iolanda CALVAGNA.

Per DANZI, *Il fattore tempo nella giustizia predittiva e nella certezza del diritto*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2, 2021, l'art. 11 delle preleggi "*esordisce affermando un principio fondamentale del diritto e della civiltà giuridica: "la legge non dispone che per l'avvenire". Ma l'avvenire non è altro che il futuro, ragion per cui il citato art. 11 può essere letto nel senso che : "la legge dispone per il futuro". L'art. 11 delle preleggi , quindi, contiene un vero e proprio "principio di futuribilità della legge". La legge è predittiva per sua stessa natura perché tende a normare i comportamenti umani futuri e di conseguenza costruisce delle "strade temporali" sulle quali dovranno necessariamente scorrere gli eventi futuri. E' pur vero che vi sono delle eccezioni all'art. 11 delle preleggi, ma queste s mai confermano la regola*".

Spesso la legge è difficile da interpretare anche per come scritta; sul problema della linguaggio delle leggi, si veda recentemente COSTANTINO, *La sciatteria nello scrivere le leggi crea effetti devastanti nell'ordinamento*, in *EditorialeDomani.it*, 4.1.2021.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

Nel dettaglio, l'art. 115 c.p.c., rubricato Disponibilità delle prove, afferma che "*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.*

Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza".

L'art. 116 c.p.c., rubricato Valutazione delle prove, afferma che "*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.*

Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo".

In sostanza:

-si stabilisce la regola dispositiva[6], in base alla quale le parti devono provare[7] quanto dicono[8] e il giudice deve decidere sulla base di dette prove (art. 115 c.p.c.);

-si stabilisce la regola che il dovere di pesare le prove spetta al giudice, tramite un prudente apprezzamento[9] (art. 116 c.p.c.).

---

[6] Anche in linea con il *dictum* dell'art. 2697 c.c.

[7] Sul problema della prova del fatto negativo, si segnala che per Cassazione civile, sezione prima, sentenza del 10.11.2005, n. 21831, in *Giur. It*., 2006, 4, 747.

[8] L'onere di contestazione, la cui "*inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte e dedotti nel processo, non anche per quelli ad essa ignoti o allegati in sede extraprocessuale, atteso che il principio di non contestazione trova fondamento nel fenomeno di circolarità degli oneri di allegazione, confutazione e prova, di cui agli artt. 414, nn. 4 e 5, e 416 c.p.c., che è tipico delle vicende processuali*"; così Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanza del 1.2.2021, n. 2174, in CED Cassazione, 2021.

Per approfondimenti sul principio di non contestazione, di vedano: CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro It*, 2002, I; CENDON-ZIVIZ, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, in *Ric. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1992; CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993; COMOGLIO, *Le prove civili*, 2ª ed., Torino, 2004.

[9] Per approfondimenti, si rinvia al *Focus: valutazione delle prove e prudente apprezzamento*, in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2021. Il giudice può tenere conto anche delle presunzioni; si legge in Cassazione civile, sezione seconda, sentenza 24.02.2004, n. 3646, in *Arch. Civ.*, 2004, 1482, che "*L'esistenza di una presunzione sulla quale sia possibile fondare la decisione di una causa può validamente desumersi in presenza di una pluralità di elementi di valutazione gravi precisi e concordanti, nei quali il requisito della gravita è ravvisabile per il grado di convincimento che ciascuno di essi è idoneo a produrre a fronte di un fatto ignoto, la cui esistenza deve poter essere dimostrata in termini di ragionevole certezza, il requisito della precisione impone che i fatti noti e l'iter logico del ragionamento probabilistico ben determinati nella loro realtà storica, ed il requisito unificante della concordanza richiede che il fatto ignoto sia di regola desunto da una pluralità di fatti noti gravi e precisi, univocamente convergenti*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

2.Questione

Come va letto, dunque, il combinato disposto degli artt. 115-116 c.p.c.?
La domanda è rilevante sul piano pratico perché:
-se si legge come libero convincimento, allora il giudice sarà libero di apprezzare i fatti come ritiene, senza possibilità di sindacato[10];
-se non si legge come libero convincimento, allora il giudice non sarà libero di apprezzare i fatti come ritiene, con possibilità di sindacato.

3.Tesi del libero convincimento

Il richiamo al prudente apprezzamento, di cui all'art. 116 c.p.c., ben potrebbe essere letto come libero convincimento; in fondo tutto l'ordinamento processuale sarebbe improntato al principio del libero convincimento del giudice[11].
A sostegno di tale tesi, vengono evidenziati i seguenti rilievi:

---

nella dimostrazione della sua sussistenza, mentre la sommatoria di una serie di dati in sé insignificanti e privi di precisione e gravità non può assumere rilevanza alcuna".

[10] Si legge in Cassazione civile, sezione sesta, ordinanza del 22.1.2021, n. 1419, in *La Nuova Procedura Civile,* 2, 2021, che in merito alla "*deduzione di violazione o falsa applicazione di norme di legge processuale, un'autonoma questione di malgoverno degli artt. 115 e 116 c.p.c. può porsi solo allorchè il ricorrente alleghi che il giudice di merito abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti o disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali ovvero abbia disatteso prove legali valutandole secondo il suo prudente apprezzamento o considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione. La valutazione degli elementi istruttori, anche se si tratta di prova presuntiva, costituisce, infatti, un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale non sono sindacabili in cassazione. Nel quadro del principio, espresso nell'art. 116 c.p.c., di libera valutazione delle prove (salvo che non abbiano natura di prova legale), del resto, il giudice civile ben può apprezzare discrezionalmente gli elementi probatori acquisiti e ritenerli sufficienti per la decisione, attribuendo ad essi valore preminente e così escludendo implicitamente altri mezzi istruttori richiesti dalle parti: il relativo apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, purchè risulti logico e coerente il valore preminente attribuito, sia pure per implicito, agli elementi utilizzati".*

[11] Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 10.11.2020, n. 25162, in *La Nuova Procedura Civile,* 3, 2021.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

-non esiste una rigida gerarchia[12] dei mezzi di prova, così lasciando intendere una *voluntas legis* nel senso di attribuzione di libertà al giudicante;

-il riferimento all'apprezzamento del giudice di cui all'art. 116 c.p.c. dovrebbe essere inteso nel senso di richiamo alla logica ed al buon senso[13] del giudice stesso; si tratterebbe di un obbligo di apprezzare le prove con razionalità, evitando vizi logici;

-non è possibile, d'altronde, pretendere dal giudice una valutazione tipica delle scienze statistiche, matematiche o probabilistiche[14], trattandosi di soggetto vincitore di concorso pubblico con selezione basata sulla conoscenza del diritto e non di materie extra giuridiche;

---

[12] Per Tribunale di Teramo, sezione lavoro, sentenza del 10.06.2020, in *La Nuova procedura Civile*, 4, 2020, "*Tutte le dichiarazioni introdotte in un giudizio civile devono essere valutate nel complesso del materiale raccolto, non esistendo alcuna rigida gerarchia e analizzate al cospetto del principio processuale che impone al giudicante di applicare imparzialmente ed autonomamente i criteri di valutazione critica su tutte le dichiarazioni introdotte in un processo con prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa. Il giudice, se non vuole abdicare alla propria funzione, deve pervenire alla decisione della controversia mediante la comparazione e il prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa; deve perciò analizzare criticamente tutto il materiale istruttorio acquisito nella causa e può dare credito esclusivo a quello acquisito in precedenza dal pubblico ufficiale ed anche valorizzarne la portata alla luce della dichiarazione resa in giudizio".*

[13] In questa direzione, si esprimono LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi* (a cura di COLESANTI-MERLIN), Milano, 2012, 316; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile,* III, Torino, 2012, 145.

[14] CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 394. In senso critico rispetto alla formula del *più probabile che non* utilizzata in ambito civile, si veda BIANCHI, *Matematica e cognizione giurisdizionale*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2, 2020, 292, secondo cui "*si comprende quindi la perplessità che desta nel matematico l'abuso delle valutazioni probabilistiche in ambito giuridico. Solo a titolo di esempio, si considerino le seguenti espressioni, che si leggono nelle sentenze e configurano dei veri e propri nonsense matematici (Arrigoni & Peccati, 2016): probabilità prevalente (Cass. Civ., sez. III, 05/05/2009, n. 10285), elevata probabilità (Cass. Civ., sez. III, 11/06/2009, n. 13530), adeguata probabilità (Cass. Civ., sez. lav., 26/03/2010, n. 7352), certezza probabilistica, desumibile dal preponderante criterio dell'evidenza logica (Cass. Civ., sez. III, 11/02/2014, n. 3010)".* Si veda anche la relazione di BIANCHI tenuta in occasione del Convegno OnLine, 15.1.2021: il 'più probabile che non' è giusto?, organizzato da LaNuovaProceduraCivile & ScuolaDirittoAvanzato, con la collaborazione di StudioCataldi (evento moderato da Paolo Maria Storani) e patrocinio della Fondazione AIGA T. Bucciarelli, dal minuto 2:39:27 in poi. Nello stesso evento, si veda la conclusione di SPAGNA MUSSO, dal minuto 3:47:40 in poi, secondo cui "*la Cassazione sconfina in un criterio che non è giuridico, ed inventa questo criterio probabilistico, quando la norma parla semplicemente di presunzioni*".

Nel diritto penale, diversamente che nell'ambito del diritto civile, la condanna è ammessa quando la responsabilità è accertata al di là di ogni ragionevole dubbio, ex art. 533 c.p.p.; per approfondimenti, si veda BELLOMO*, Nuovo Sistema del Diritto Penale*, Bari, 2010, 82, dove si legge "*al riconoscimento dell'enorme portata dei valori messi in gioco nel diritto penale…ed al rischio di errore giudiziario, fa da corollario l'asserzione che nel processo penale deve operare la regola 'al di là del ragionevole dubbio'. Regola dimostrata anche in sede di analisi scientifica dalle teorie che applicano metodi matematici alle discipline sociali".*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

-il giudice, in fondo, non sarebbe tenuto a confutare ogni deduzione istruttoria, potendosi limitare ad indicare le prove in positivo del suo convincimento[15].
Insomma, per questa ricostruzione:
prudente apprezzamento = libero convincimento.

4.Antitesi del libero convincimento

Si ritiene di privilegiare argomenti critici alla visione dell'apparato probatorio civile come assoggettabile al libero convincimento.
La tesi del libero convincimento, infatti, non è condivisibile per le seguenti ragioni:
-una gerarchia tra prove esiste, almeno tra prove c.d. legali[16] e prove c.d. non legali (o libere[17]); la dimostrazione che le prove legali abbiano maggiore efficacia probante rispetto a quelle c.d. libere è dato proprio dalla lettera della legge, laddove solo per le prime il legislatore scrive "*piena prova*"; per cui le prove legali PLe prevalgono o sono uguali alle prove c.d. libere PLi (PLe ≥ Pli); si ritiene[18] a completamento che, all'ultimo livello di efficacia probatoria, possano collocarsi i c.d. argomenti di prova[19] AP ex art. 116 comma 2 c.p.c. (per cui PLe ≥ Pli ≥ AP);
-il regime processuale civile è ancorato al criterio della prova e non alla libertà; il giudice ex art. 115 c.p.c. "*deve porre a fondamento*" della decisione proprio

[15] Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza n. 11258 del 10.5.2013, dove si legge "*Nè il giudice di merito è tenuto a compiere un'analisi approfondita di tutte le deduzioni delle parti ovvero a prendere in esame dettagliatamente tutte le risultanze processuali, essendo sufficiente che, anche attraverso una valutazione globale di quelle deduzioni e risultanze, spieghi, in modo logico ed adeguato, le ragioni che hanno determinato il suo convincimento, dimostrando di aver tenuto presente ogni fatto decisivo, dovendosi ritenere legittimamente disattese, anche solo in maniera implicita, le deduzioni difensive che siano logicamente incompatibili o palesemente irrilevanti rispetto alla decisione adottata".*
[16] Tra cui l'atto pubblico, esemplificativamente, la cui efficacia probante è indicata all'art. 2700 c.c.
[17] Tra cui, esemplificativamente, la testimonianza ex art. 244 c.p.c.
[18] Per approfondimenti sulle prove, si vedano TARUFFO, *Le prove,* in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2006; VALLE, *sub artt. 112-120 c.p.c.,* in Comm. VERDE-VACCARELLA, Agg., Torino, 2001.
[19] Sul punto, per Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 27.01.2005, n. 1658, in *Mass. Giur.* 2005, il "*comportamento processuale della parte - nel cui ambito rientra anche il sistema difensivo adottato nel processo a mezzo del procuratore - può costituire unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento del giudice, e non soltanto elemento di valutazione delle prove già acquisite al processo".*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

le prove (nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita); pertanto, non vi è libertà sull'*an* (convinto/non convinto): se le prove vi sono, allora devono costituire la base della decisione; non si può decidere senza prove, dunque non c'è libertà, ma vincolo alle prove[20];

-la valutazione delle prove non è libera, ma secondo prudente apprezzamento[21]; il riferimento al prudente apprezzamento non è equiparabile al libero convincimento: quando il legislatore ha voluto richiamare la libertà lo ha fatto espressamente, come nell'ambito contrattuale ex art. 1322 c.c., così dovendo valere il brocardo/principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*[22]; prudenza non è libertà, anzi: la prudenza è proprio l'argine alla libertà; ne segue che al giudice non sarà applicabile il *favor libertatis* nella valutazione probatoria;

-per l'art. 116 c.p.c. il giudice decide secondo il "*suo prudente apprezzamento*"; l'inciso "*suo*" serve a dire che il giudice è *peritus peritorum*[23]:

---

[20] Nel sistema anglosassone, lo standard probatorio civile segue pacificamente il criterio del *balance of probabilities*; si legge in MACGREGOR-PEACEY-RIDSDALE*, Civil litigation*, Oxford, 2020, che "*in terms of the standard of proof, the party with the burden of proof has to prove his clain on a balance of probabilities. Taking the example of the rta again, the claimant, when proving his case against the defendant, will need to persuade the judge at trial taht it was more likely than non that the defendant drove negligently".*

[21] Si legge in Tribunale di Forlì, sentenza del 19.3.2020, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2020, che prevedendo espressamente "*il criterio del prudente apprezzamento e non già quello del libero convincimento, il legislatore ha voluto sì demandare alla discrezionalità del giudice il giudizio circa l'attendibilità dell'esito della prova, non già alla discrezionalità assoluta dello stesso".* Si legge in LUDOVICI, *Il thema probandum ed il canone di giudizio nel processo civile: più corretto affidarsi al diritto positivo,* in *La Nuova Procedura Civile,* 1, 2021, che "*Lo ius positum è da sempre garanzia di certezza del diritto, valore assoluto di ogni ordinamento giuridico, e come tale la norma di cui all'art. 116 c.p.c., anche e soprattutto nella parte in cui stabilisce il canone decisionale del prudente apprezzamento, ancor più perché affondante le proprie radici in ambito costituzionale, concorre inequivocabilmente, a differenza del criterio del "più probabile che non", a garantire legalità e certezza alle relazioni umane, a quei rapporti civili e commerciali tra i soggetti parte dell'ordinamento giuridico, quando queste sfocino in una sede processuale o assimilabile a quella processuale come accade per l'arbitrato rituale. In conclusione il criterio del prudente apprezzamento appare sempre preferibile in virtù della sua appartenenza al diritto positivo ed alle conseguenti garanzie che questo ontologicamente offre".*

[22] Questo brocardo è in linea con i criteri dell'interpretazione della legge secondo l'intenzione del legislatore ex art. 12 preleggi.

[23] Dice CASSANDRO, Relazione tenuta in occasione del convegno *"Il criterio del 'più probabile che non' è giusto?"*, 15.1.2021 (LaNuovaProceduraCivile & ScuolaDirittoAvanzato & Centro Studi Diritto Avanzato, con il patrocinio Fondazione AIGA T. Bucciarelli (Presidente G. SURIANO), in collaborazione con DuePuntoZero & StudioCataldi, reperibile su YouTube, dal min. 3.10.48 "*il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, quindi se il legislatore ha voluto, e qui sì espressamente, ancorare le valutazione delle prove del processo all'apprezzamento e quindi all'intima e personale convinzione del singolo giudice, beh non si comprende allora come si possa fissare una regola generale che logicamente contrasta con la particolarità unica di ogni singolo caso…se l'apprezzamento è suo, quindi è proprio del giudice, non si capisce come lo si possa vincolare a ritenere provato il nesso di causalità solo*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

questo legittima il giudice a discostarsi da una consulenza tecnica (d'ufficio o di parte che sia); poi il giudice deve dare un apprezzamento, cioè pesare la prova con prudenza; 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[24]; *id est*, riguarda la gestione di una situazione giuridica in cui vi è il rischio di causare un danno, che nell'operato del giudice vuol dire rischiare di emettere un provvedimento ingiusto (nel senso di non attribuzione a ciascuno secondo il suo), che è cosa ben diversa dalla libertà.

5.Esempio: come opera la prudenza nelle disposizioni sulla responsabilità civile

Le due principali disposizioni in tema di responsabilità civile sono:
-responsabilità[25] del debitore ex art. 1218 c.c.;
-risarcimento per fatto illecito[26] ex art. 2043 c.c.

---

se dovesse ritenere un dato soggetto responsabile più probabilmente rispetto che un altro".

[24] Definizione presente nel vocabolario Treccani. Lo stesso termine (prudenza) è utilizzato anche all'art. 2423 bis c.c. in materia di bilancio e nel diritto penale, seppur al suo opposto come imprudenza, per individuare la colpa ex art. 43 c.p.: per approfondimenti su questi ultimi, si rinvia a VIOLA, *Più probabile che non VS prudente apprezzamento*, in La Nuova Procedura Civile, 3, 2020.

[25] Precisa Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 11.11.2019, n. 28985 in Nuova Giur. Civ., 2020, 2, 267 con nota di GAGLIARDI che "*Il paziente che alleghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, posto che:*
a) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;
b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicchè la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova";
c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all'"id quod plerumque accidit".
Tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessarietà dell'operazione, non potendosi configurare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'impredicabilità di danni "in re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile".

[26] Si legge in DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in *QuestioneGiustizia.it,* 2018, che"*L'inquadramento della condotta nell'alveo della responsabilità contrattuale ovvero in quello della responsabilità extracontrattuale comporta conseguenze di non poco momento per ciò che concerne la distribuzione dell'onere probatorio. Basti pensare che in un caso la «assenza di colpa» integra un fatto impeditivo, che spetta al convenuto provare (vds. art. 1218 cc), nell'altro la «colpa»*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

La costruzione formale delle due disposizioni è diversa:

-nell'art. 1218 c.c., la regola[27] è che in caso di inesattezza adempitiva, c'è l'obbligo di risarcimento del danno, con l'eccezione della prova dell'impossibilità; data questa struttura regola/eccezione, nel caso di dubbio, si applica la regola (inesattezza adempitiva – risarcimento) per merito della sua maggiore perimetrazione applicativa[28]; pertanto, il prudente apprezzamento delle prove impone che, nel dubbio, si privilegi la regola, così concretizzando un *favor creditoris*;

-nell'art. 2043 c.c. non vi è una struttura regola/eccezione, diversamente da come sono strutturate anche altre disposizioni extracontrattuali come il danno cagionato da animali, ex art. 2052 c.c., oppure da circolazione stradale, ex art. 2054 c.c.; ciò induce a ritenere che per l'illecito dell'art. 2043 c.c., nel dubbio probatorio, il prudente apprezzamento imporrà di ritenere non provato il fatto, così concretizzando un *favor debitoris.*

Insomma: il prudente apprezzamento avviene tramite l'analisi della disposizione di riferimento, letta in *primis* in modo testuale, e del *favor* in esso contenuto[29]; l'eventuale dubbio va superato anche facendo leva sui principi

---

funziona come fatto costitutivo il cui onere è a carico dell'attore (vds. art. 2043 cc)".

[27] Per approfondimenti sulle algo-regole, si rinvia a STILO, *L'algoritmo giuridico e le sue algo-regole,* in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2021. Sulla possibilità di formalizzare le disposizioni di legge, si veda PULIATTI, *Protocolli di formalizzazione di disposizioni, norme, fatti e sentenze: per una giustizia predittiva logico-giuridicamente fondata*, in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2021. Per approfondimenti sulla calcolabilità, si vedano CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017; MONTI, *Statistica per le scienze giuridiche e sociali*, Napoli, 2009; PECCATI, *Metodi quantitativi per giuristi,* Milano, 1999; ID*., Teoria matematica delle decisioni e diritto*, reperibile in Matematica.Unibocconi.it.

[28] In conformità all'art. 14 preleggi.

[29] E' interpretazione letterale (IL) e per ratio (IR). Sul tema dell'interpretazione, si vedano di recente:

-la lettera della norma costituisce il limite cui deve arrestarsi anche l'interpretazione costituzionalmente orientata (IL ≥ IR) [Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 1.6.2021, n. 15177 in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2021];

-Prima l'interpretazione letterale, ma se non basta, allora si guarda la funzione della disposizione: è giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione Europea [Corte giustizia Unione Europea, sezione prima, sentenza del 6.6.2018, n. 49/17];

– l'interpretazione teleologica e quella costituzionalmente orientata non consentono di superare il dato letterale [Cassazione civile, sezioni unite, sentenza del 22.03.2019, n. 8230];

– Criteri ermeneutici: al primo posto c'è quello letterale [Cassazione civile, sezione sesta, ordinanza del 13.11.2020, n. 25714];

– Primato dell'interpretazione letterale è principio pacifico: gli altri canoni ermeneutici vengono in rilievo solo secondariamente [Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza del 8.8.2018, n. 4872];

– Corte Costituzionale: significato proprio delle parole è canone ermeneutico essenziale (art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale) [Corte Costituzionale, sentenza del 11.12.2015, n. 260];

www.LaNuovaProceduraCivile.com

generali, ex art. 12 preleggi ("*se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali*").

D'altronde, non potrebbe essere diversamente: il giudice applica la legge ex art. 101 Cost.

6.La formula[30] per provare il fatto

Valutare una prova[31] con prudenza (dovere/obbligo che vale solo per le prove cc.dd. non legali[32] o libere) vuol dire che il giudice non può limitarsi ad accoglierla ed attribuirle il massimo valore possibile, ma deve verificarne la

---

– Primato dell'interpretazione letterale (IL ≥ IR): lo dice anche il TAR [T.A.R. Toscana Firenze, sezione prima, sentenza del 10.04.2018, n. 510];

– Interpretazione letterale della legge è prima e regina delle interpretazioni. L'interpretazione secondo i principi generali è l'ultima possibile. La sentenza che sconfina dalle previsioni dell'art. 12 preleggi espone il magistrato a sanzione disciplinare [Tribunale di Taranto, sezione seconda, sentenza del 25.07.2019];

– Speciale BARRETT: il Giudice della Corte Suprema USA che privilegia l'interpretazione letterale (IL);

–CORVAGLIA, Less is more: l'interpretazione letterale prevale. Modelli deduttivi e induttivi di giustizia predittiva.

Per approfondimenti sui vari tipi di interpretazione rispetto alla Costituzione, si veda PERLINGIERI*, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020.

[30] Non si basa sull'utilizzo di Intelligenza Artificiale, ma su un approccio giurimetrico (si veda la Voce Giurimetria, in *Enciclopedia del Diritto*, Treccani, 2018); l'Intelligenza Artificiale è per SPERA, Voce Intelligenza Artificiale, in ZICCARDI-PERRI, Dizionario Legal tech, Milano 2020, 535, una "*branca dell'informatica che rappresenta un insieme di metodi, teorie e tecniche scientifiche il cui scopo è quello di riprodurre, tramite una macchina, le capacità cognitive degli esseri umani".* Sono fondamentali le considerazioni di Lucilla GATT, *Per un'Intelligenza Artificiale antropocentrica*, intervista rilasciata a *Diritto Mercato Tecnologia*, 21.2.2020. Per approfondimenti sull'Intelligenza artificiale, si vedano RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale,* Milano 2020; FIAMMELLA, *Intelligenza artificiale per i bandi di gara: rischi e prospettive,* in Altalex.com, 2019; IASELLI, *L'Intelligenza Artificiale nei programmi UE: rischi e benefici,* in Altalex.com, 2021; CORASANITI, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018, 159; LONGO-SCORZA, *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020; SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020; QUARTA, *Soggettività dei Robots e responsabilità*, in *La Nuova Procedura Civile*, 5, 2018. Interessanti le osservazioni di GARAPON-LASSEGUE, *La giustizia digitale*, Bologna, 2021, nonché MORELLI, *Quanto è difficile insegnare il diritto all'Intelligenza Artificiale,* in Altalex.com, 2021. Da ultimo, si veda PIERANI-SCIALDONE, Vivere con l'intelligenza artificiale, Torino, 2021

[31] La sequenza con cui vengono rese disponibili le prove è oggetto di altro modello, spiegato nel contributo VIOLA, *Tradurre il processo in una formula matematica: è possibile, ecco come,* in *AgendaDigitale.eu*, 2020. Parte della giurisprudenza ha usato, per la redazione di provvedimenti giudiziari, una tecnica innovativa: inserire tutta la struttura decisionale in griglie sintetiche nelle quali gli elementi (tesi, antitesi e decisione) siano contenute in riquadri sinottici; sul punto di vedano alcune sentenze del Presidente Gianfranco D'AIETTI, reperibili su ReMidaFamiglia.com.

[32] Lo scrutinio delle prove tramite prudenza vale anche per le presunzioni semplici; l'art. 2729 c.c. recita che queste "*sono lasciate alla prudenza del giudice".*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

validità, deve anche criticarla, contestarla, sindacarla: deve, cioè, prudenzialmente apprezzare, ovvero dare un numero.

Ora, fissiamo numericamente che il prudente apprezzamento del giudice possa variare da 0 ad 1, attribuendo al prudente apprezzamento la variabile VPA (valutazione secondo prudente apprezzamento).

Ebbene, potremo affermare: per il processo civile, il fatto è provato[33] (FP=1), solo quando (<=>) la somma delle prove dei fatti costitutivi[34] (∑pfc), moltiplicata per la valutazione secondo prudente apprezzamento (VPA), sarà maggiore della sommatoria delle prove dei fatti non costitutivi (∑pfNc), moltiplicata per la valutazione secondo prudente apprezzamento (VPA).

Pertanto:

FP = 1 <=> (VPAfc) (∑pfc) > (VPAfnc)(∑pfNc)

Precisiamo però che:

a) VPA dovrà avere il valore 0 quando non sono provati tutti i fatti costitutivi, in quanto è onere dell'attore provare "*fatti che ne costituiscono il fondamento*" ex art. 2697 c.c.;

b) l'apprezzamento secondo prudenza (da 0 ad 1)
deve tener conto dei meccanismi di *favor* (tra cui quelli indicati al pf. 5);

c) per il principio di parità delle armi del processo, ex art. 111 Cost., da leggere in combinato disposto con l'art. 2697 c.c., dobbiamo considerare come vero che la differenza tra la sommatoria di tutte le prove dei fatti costitutivi e la prova di un solo fatto non costitutivo sia uguale a zero: ∑pfc - pfNc = 0;

d) le prove a cui ci si riferisce sono quelle c.d. non legali[35], in quanto a queste si applica il prudente apprezzamento del giudice ex art. 116 c.p.c.;

---

[33] Precisa BIANCHI, *Il nesso causale nel diritto con formule matematiche: riflessione critica sulla giurisprudenza*, in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2020, che la probabilità dell'evento certo Ω è uno: P (Ω) = 1.

[34] Ovviamente vanno provati tutti i fatti costitutivi, come imposto dall'art. 2697 c.c.

[35] Per la tesi sulla gerarchia tra prove, si rinvia al pf. 4, dove è precisata la seguente disequazione di primo grado: PLe ≥ Pli ≥ AP. La tesi prevalente in giurisprudenza nega la presenza di una gerarchia tra prove; tra le altre, si veda Tribunale di Teramo, sezione lavoro, sentenza del 10.06.2020, in *La Nuova Procedura Civile*, 4, 2020, secondo cui "*tutte le dichiarazioni introdotte in un giudizio civile devono essere valutate nel complesso del materiale raccolto, non esistendo alcuna rigida gerarchia e analizzate al cospetto del principio processuale che impone al giudicante di applicare imparzialmente ed autonomamente i criteri di valutazione critica su tutte le dichiarazioni introdotte in un processo*

www.LaNuovaProceduraCivile.com

e) la formula esposta (per ora) non è utilizzabile nel processo contumaciale;
f) la formula esposta (per ora) può riguardare solo due parti del processo.

Ora procediamo al seguente esempio:
Tizio tira uno schiaffo a Caio, che subisce lesioni.

Caio agisce processualmente, qualificando il fatto come illecito ex art. 2043 c.c.; ai sensi dell'art. 2697 c.c., Caio dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa che sono[36]:
a) coefficiente psicologico (dolo o colpa);
b) causalità;
c) danno.
Caio dimostra i fatti costitutivi così:
-coefficiente psicologico del dolo attraverso la testimonianza di Sempronio che ha assistito al fatto, raccontando una dinamica rappresentativa di dolo (a);
-causalità attraverso la testimonianza di Sempronio che ha assistito al fatto (b);
-danno attraverso il certificato rilasciato dall'ospedale Alfa (c).
Il giudice procede a sommare tutti i fatti costitutivi e moltiplicarli per VPA:
(a + b + c) VPAfc
Il giudice attribuisce a VPAfc il valore 0,8.
Per cui avremo:
(a+b+c) x 0,8

Tizio, convenuto in giudizio, prova un fatto non costitutivo (inefficacia, modificazione o estinzione, ex art. 2697 c.c.) con il testimone Caietta, che dichiara che Tizio ha reagito a Caio, mentre questo cercava di gettarlo da un fosso.

---

con prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa". E' interessante quanto si legge in DITTRICH, L'assunzione delle prove nel processo civile italiano, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 3, 589, laddove si afferma che "*vi sono, è vero, istituti attraverso i quali la parte può contribuire alla formazione del materiale probatorio; quanto ai possibili esiti, essi tendono però a porsi agli estremi di un'ipotetica gerarchia delle prove: mentre l'interrogatorio libero somministra esclusivamente modesti «argomenti di prova», l'interrogatorio formale assume specifica rilevanza solo allorquando provoca la confessione, ovvero una prova legale; altrettanto accade con la confessione".*

[36] In modo semplificato.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

Qui il fatto è modificativo ex art. 2044 c.c.: chiamiamolo d)
Ebbene: il giudice attribuisce a d) il VPAfnc di 1.
Avremo allora che il fatto non costitutivo è: d (1)

Pertanto avremo:
FP = 1 <=> (a+b+c) (0,8) > d (1)

Sappiamo che:
∑pfc - pfNc = 0

Pertanto:
(a+b+c) – d = 0
=>
(a+b+c) (0,8) < d (1) => FP ≠ 1

Il fatto costitutivo è stato sufficientemente provato, ma in concreto neutralizzato dal fatto non costitutivo (modificativo). Il giudice non deve condannare Tizio perché il fatto non è provato.

7.Conclusioni

Le conclusioni sono queste:
-il libero convincimento è diverso dal prudente apprezzamento: prudente apprezzamento ≠ libero convincimento;
-nei casi di dubbi sulla valutazione delle prove, non è utilizzabile il principio del *favor libertatis*, ma *favor prudentiae*; quest'ultimo si atteggia in modo diverso in dipendenza della disposizione di legge di riferimento, così esemplificativamente:
a) in caso di inadempimento, nel dubbio la prudenza probatoria impone di orientarsi nella direzione del *favor creditoris*;
b) in caso di illecito, nel dubbio la prudenza probatoria impone di orientarsi nella direzione del *favor debitoris*;

www.LaNuovaProceduraCivile.com

-il fatto si ritiene provato quando la sommatoria delle prove dell'attore (moltiplicata per un coefficiente di prudente apprezzamento) è maggiore della sommatoria delle prove del convenuto (moltiplicata per un coefficiente di prudente apprezzamento).

---

www.LaNuovaProceduraCivile.com