IL NUOVO DIRITTO DELLE PROVE NEL *CODE CIVIL*

Di Salvatore Patti

SOMMARIO: 1. La riforma del diritto dei contratti e delle prove. La collocazione delle norme sulle prove. – 2. Le disposizioni generali. – 3. L'ammissibilità dei mezzi di prova. – 4. I mezzi di prova

ABSTRACT. Il legislatore della riforma francese ha confermato la scelta precedente di mantenere la disciplina sulle prove nel libro sulle obbligazioni.
Il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per codificare il principio di lealtà processuale, il diritto alla prova e la prova basata sulla preponderanza di probabilità, di cui la giurisprudenza ne faceva già uso. Dall'altro lato, si osserva che le nuove norme rappresentano soltanto una consolidazione del droit positiv vivente
The French reform legislator confirmed the previous choice to maintain the proof discipline in the obligation book.
The legislator could have seized the opportunity to codify the principle of procedural integrity, the right to trial and proof based on the preponderance of probability, which the jurisprudence already used. On the other hand, it is observed that the new rules represent only a consolidation of the living droit positiv

1. La riforma del diritto dei contratti e delle prove. La collocazione delle norme sulle prove.

A differenza del codice civile italiano vigente, che ha disciplinato le prove in termini generali nel libro sesto, ove – come è noto – sono state raggruppate le norme in tema di «tutela dei diritti», anche dopo la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* del 2016 il *Code civil* mantiene la tradizionale collocazione delle norme sulle prove nell'ambito del libro sulle obbligazioni. Ad esse è ora dedicato il nuovo titolo IV *bis* del terzo libro, intitolato *De la preuve des obligations*.

L'innovazione non è servita ad evitare la critica nei confronti dell'«*ambition modeste*» dei redattori dell'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, che non hanno realizzato il profondo rinnovamento da più parti richiesto ma si sono limitati quasi esclusivamente a semplificare e a chiarire il diritto vigente alla luce della evoluzione della giurisprudenza[1]. Gli articoli risultano comunque ben distribuiti in tre capitoli, dedicati alle disposizioni generali, alla ammissibilità dei mezzi di prova e ai (cinque) mezzi di prova. La materia è stata quindi ordinata secondo la tradizionale sistematica delle migliori trattazioni.

Dal punto di vista dei contenuti, si riscontrano nuove disposizioni, mentre alcune delle norme già presenti nel *Code civil* non sono state riprodotte e spesso i vecchi articoli sono stati riformulati. Nuovi, ad esempio, sono l'art. 1358, che afferma il principio della libertà della prova, l'art. 1356 che, sulla scia dell'art. 2698 c.c., disciplina i contratti sulle prove, l'art. 1354, al. 2, che introduce un nuovo tipo di presunzione legale, nonché l'art. 1379 in materia di copie.

Da più parti si lamenta che il legislatore non abbia colto l'occasione della riforma per codificare altresì il principio di lealtà processuale, il c.d. diritto alla prova e la prova basata sulla preponderanza di probabilità (*standard* di prova)[2], peraltro almeno in parte già elaborati dalla giurisprudenza, mentre in altre occasioni le nuove norme rappresentano soltanto una consolidazione del *droit positiv* vivente.

2. Le disposizioni generali

Il capitolo dedicato alle «disposizioni generali» si presenta più ampio del corrispondente Capo I (Titolo II, libro VI) del codice civile italiano, contenendo ben cinque articoli.

Il primo di essi, in parte equivalente alla norma generale di ripartizione dell'onere della prova introdotta nel codice civile vigente (art. 2697), coerentemente alla perdurante collocazione nel libro delle obbligazioni, riproduce il testo del vecchio art. 1315 *Code civil* facendo ancora riferimento alla esecuzione di una obbligazione ed assegnando a colui che la reclama l'onere di fornire la prova dell'esistenza del credito. Spetta invece a chi pretende di essere liberato l'onere di provare il pagamento o il diverso fatto estintivo. Una norma generale sull'onere della prova è stata invece inserita nell'art. 9 del nuovo *Code de procedure civile* secondo cui «Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention».

Come è stato osservato[3], manca una disciplina dell'onere dell'allegazione e dei suoi rapporti con l'onere della prova[4], nonché dei rapporti tra onere della prova e rischio della prova, comunque collegabile al mancato soddisfacimento dell'onere, ma si avverte soprattutto l'assenza di una norma sulla (mancata) contestazione.

L'articolo successivo, dedicato alle presunzioni (art. 1354), mette anzitutto in luce il rapporto tra onere della prova e presunzione, stabilendo che quest'ultima «dispensa» colui che ne beneficia dall'onere di fornire la prova. Carattere di originalità presenta la previsione, che raccoglie indicazioni dottrinali, di una presunzione «mista», da inserire nella categoria delle presunzioni *iuris tantum*, ma con una limitazione dei mezzi di prova ammessi per combatterla. Si rinviene inoltre un riferimento alla presunzione «*irréfragable*», nei cui confronti non è

[1] Così O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, Paris, 2016, p. 829. Nello stesso senso M. MEKKI, *Art. 1355: les présomptions legales*, in *Rev. des contrats* (quaderno dedicato al "Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats: articles choisis"), 2015, p. 805, il quale parla di un «toilettage» piuttosto che di una «révision complète du droit de la preuve». In termini analoghi, con riferimento al diritto dei contratti, D. MAUZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss. e, nella dottrina italiana, P. SIRENA, *The New Design of the French Law of Contract and Obligations: An Italian View*, in *The Code Napoléon Rewritten*, Oxford, 2017, p. 339 ss.

[2] Cfr., anche per la proposta di altre innovazioni, É. VERGÈS, *La réforme du droit de la preuve civile: enjeux et écueils d'une occasion à ne manquer*, in *Dalloz*, 2014, p. 617 s. V. anche Id., *Droit de la preuve: une réforme en trompe-l'oeil*, in *Sem. jur.*, 2016, p. 486 ss.

[3] Cfr. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 832 e già M. MEKKI, *Réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats (1re partie)*, in *RDC*, 2008, p. 681 ss.; Id., *La gestion contractuelle du risque de la preuve (2e partie)*, *ivi*, 2009, p. 453 ss.

[4] In materia cfr. già H. MOTULSKY, *Le role respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits,* in *Etudes de droit contemporain*, Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Universitè de Paris, XV, II, Paris, 1959, p. 355 ss.

ammessa prova contraria[5], mentre è scomparsa la definizione – presente nel vecchio art. 1349 *Code civil* e nella «nozione» offerta dall'art. 2727 c.c. – secondo cui le presunzioni sono le conseguenze tratte da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato.

La formulazione della norma, abbraccia sia le ipotesi in cui si configura un vero e proprio esonero nei confronti della parte che sarebbe onerata, come accade nel caso della presunzione di abusività di una clausola contrattuale o in quello della presunzione di buona fede, sia quelle in cui la parte che intende avvalersi della presunzione deve comunque provare un fatto «base», cosicché in realtà non si determina un esonero ma piuttosto uno spostamento dell'oggetto della prova[6].

Una rilevante innovazione è rappresentata dall'art. 1356 dedicato ai «*contrats sur la preuve*»[7]. Non si tratta peraltro di una novità rispetto al diritto vivente, in quanto la *Cour de cassation* aveva ammesso la validità dei patti sulle prove[8], considerati espressione di un principio generale di autonomia contrattuale[9].

La previsione normativa risulta più ampia[10] di quella dell'art. 2698 c.c., dedicata ai «patti relativi all'onere della prova», ricordando piuttosto la categoria dei *Beweisverträge* elaborata nell'esperienza tedesca[11]. Essa, infatti, nel primo comma, contiene il limite – sia pure formulato in termini di validità piuttosto che di nullità – relativo alla disponibilità dei diritti sui quali incide l'inversione dell'onere della prova, ben noto al giurista italiano (cfr. art. 2698, prima frase, c.c.). Nel secondo comma, invece, è stabilito che i contratti sulle prove non possono porsi in contrasto con le presunzioni che non ammettono prova contraria, né modificare le conseguenze che la legge ricollega alla confessione e al giuramento oppure creare una presunzione che non ammette prova contraria. Non è invece previsto il limite, disciplinato nella seconda frase dell'art. 2698 c.c., secondo cui sono nulli i patti allorché «l'inversione o la modificazione (dell'onere della prova) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto»[12].

Oltre ai contratti che prevedono inversioni dell'onere della prova, come detto, sono considerati validi quelli che determinano preventivamente i mezzi di prova, utilizzabili nel processo, ammettendo ad esempio la prova orale o imponendo la prova scritta. In altri termini, i contratti sui mezzi di prova possono tendere non soltanto a facilitare ma anche a rendere difficoltoso il soddisfacimento dell'onere, ponendosi quindi – a nostro avviso – un problema di liceità da valutare alla stregua di principi analoghi a quello disciplinato nell'art. 2698 c.c. Nei primi commenti si precisa esattamente che occorre non soltanto verificare che i patti incidano (esclusivamente) su diritti disponibili, ai quali quindi le parti possano «rinunciare», ma altresì che trattandosi di diritti basati su norme di ordine pubblico «di protezione», essi siano già stati acquisiti, non essendo ammesse rinunzie preventive. Così, ad esempio, nel caso della inversione relativa ad una clausola di non concorrenza che pone a carico di un lavoratore subordinato l'onere di provare l'assenza di qualsiasi violazione[13]. In altri termini, nei casi suddetti, si considera che il momento in cui il diritto diviene disponibile – e può quindi costituire oggetto di un contratto sulla prova – è quello in cui viene meno la situazione di inferiorità o dipendenza.

Per quanto concerne le eccezioni al principio di validità dei contratti sulle prove, la nullità di quelli che contrastano con presunzioni *iuris et de iure* si spiega per il fatto che queste ultime sono equiparabili a norme imperative. Mentre, con riguardo ai limiti relativi ai contratti che modificano le conse-

[5] Come è noto, in questo caso non si tratta a ben vedere di presunzioni: cfr., nella dottrina francese R. DECOTTIGNIES, *Les prèsomptions en droit privé*, Paris, 1950, p. 87 ss., il quale osserva che mediante le presunzioni *iuris et de iure* il legislatore in una certa misura anticipa la decisione sul fatto e interdicendo la prova contraria sottolinea la propria volontà di mettere fuori da ogni discussione l'interpretazione data ai fatti.

[6] S. PATTI, *Prove*, in Commentario del codice civile e codici allegati Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, p. 664 ss.

[7] Il termine tradizionalmente adoperato è quello di *conventions*: cfr. CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in *Accordi di parte e processo*, numero speciale di *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2008, p. 7 ss. Ritiene che «la nouvelle définition du contrat n'est pas assez large pour englober les conventions sur la preuve», É. VERGÈS, *Réforme du droit de la preuve civile. - Quelle perspective après l'échec de l'ordonnance du 10 février 2016?*, in *Sem. Jur.*, n. 18, 1er mai 2017, doctr. 510. Nel senso che sarebbe preferibile utilizzare il termine *convention* v. anche A. AYNÈS, *Conventions sur la preuve: validité limitée*, in *Droit et Patrimoine*, n. 250, 1er septembre 2015, il quale segnala che nell'esperienza francese le convenzioni sulle prove sono piuttosto rare.

[8] Indicazioni in DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 836.

[9] Per riferimenti v. GRIMALDI, *La preuve en droit des contrats*, in M. MEKKI, CADIET et GRIMALDI (sous la dir.), *La preuve: regards croisés*, in *Dalloz*, 2015, p. 79 ss.

[10] Sull'ampia gamma di patti probatori considerati leciti v. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 836.

[11] In argomento v. G. WAGNER, *Prozessverträge im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, *passim*.

[12] Sul significato da attribuire al criterio v. PATTI, *Prove*, cit., p. 294 ss.

[13] Cfr. DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 836 ss.

guenze previste dalla legge nel caso della confessione e del giuramento, si sottolinea che la forza probante di questi mezzi di prova sfugge alla libertà contrattuale, rilevando la «*dimension morale*» e la coscienza individuale che non rientrano nel campo di ciò che può costituire oggetto di negoziazione[14]. Parimenti, deve considerarsi riservata al legislatore la possibilità di prevedere presunzioni che non ammettono prova contraria, da considerare equivalenti a norme giuridiche che disciplinano imperativamente una fattispecie.

Ai limiti disciplinati dalla norma in esame devono aggiungersi quelli previsti da altri testi normativi, ad es. il *Code de la consommation*, che considera abusive le clausole che invertono l'onere della prova a danno del consumatore, nonché quelli che si fanno derivare dalla necessità di tutelare diritti fondamentali anche alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Una norma di raccordo con la disciplina delle prove presente nel *Code de procédure civile* è infine contenuta nell'art. 1357, che ha riguardo alla «*administration judiciaire de la preuve*» e alle «*contestations qui s'y rapportent*». Il rinvio non determina alcuna «conseguenza normativa particolare»[15].

3. L'ammissibilità dei mezzi di prova

Il secondo capitolo (artt. 1358-1362) è dedicato all'ammissibilità dei mezzi di prova[16]. Nella prima norma è codificato il principio della libertà di prova; vengono quindi disciplinate le fattispecie in cui la legge impone l'atto scritto (art. 1359) ed infine le eccezioni alla regola suddetta[17].

Il principio della libertà di prova – non espressamente previsto nel codice civile italiano – è formulato in termini molto ampi nella seconda parte della norma (*Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen*), tali da abbracciare sia la prova degli atti giuridici, anche unilaterali, che quella dei fatti. Nella prima parte si fa invece riferimento alle eccezioni, disciplinate negli articoli seguenti, a cui occorre aggiungere quelle derivanti dai contratti nelle prove, come si è visto ammessi dall'art. 1356.

L'eccezione più significativa, corrispondente a quella disciplinata nell'art. 2721, 1° comma, c.c., riguarda la forma scritta (*signature privée ou authentique*) richiesta per la prova concernente gli atti il cui valore eccede una somma (non indicata ma) fissata per decreto, attualmente euro 1.500,00. La norma non innova il regime precedentemente previsto dagli art. 1341 e ss. *Code civil* e, alla luce della interpretazione generalmente accolta, si afferma che la necessità della prova documentale riguardi sia l'esistenza dell'atto che il suo contenuto, mentre si considera libera la prova avente ad oggetto la validità dell'atto, la sua esecuzione o la sua estinzione[18]. Il limite, inoltre, si riferisce all'autore o agli autori dell'atto ma non ai terzi[19].

A prescindere dal valore, occorre inoltre la prova documentale per contrastare un atto giuridico redatto in forma scritta (art. 1359, 2° comma), ma anche questa disposizione non trova applicazione nei confronti dei terzi.

Si esclude che, per sfuggire alla necessità della prova documentale, l'interessato possa agire in giudizio riducendo nei limiti di valore sopra indicati il (maggiore) valore del credito. In tal senso si considera decisiva la nuova formulazione della norma in esame che si riferisce al *montant de la créance* e non alla *demande*, come avveniva nel vecchio art. 1343 *Code civil*.

La nuova norma, inoltre, sembra avere modificato il precedente regime non facendo alcun riferimento agli interessi, mentre la norma precedentemente vigente imponeva espressamente di cumulare il capitale e gli interessi. Rileva pertanto soltanto il valore del capitale iniziale.

Si ritiene, infine, che la prova scritta sia necessaria anche nei casi in cui il valore del credito in questione sia inferiore all'ammontare indicato per effetto di un pagamento parziale, ma fosse inizialmente maggiore. La regola corrisponde a quella vigente sulla base del vecchio art. 1344 *Code civil* e risulta coerente con il nuovo sistema che ha riguardo al valore del credito e non a quello della domanda[20].

L'art. 1360 contiene altre eccezioni alla regola generale della libertà di prova nei casi di «impossibilità» materiale o morale di procurarsi una prova

[14] DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 839.

[15] Così DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 840.

[16] A. HONTEBEYRIE, *L'admissibilité des modes de preuve: un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée*, in *Droit et Patrimonie*, n. 250, 1er septembre 2015.

[17] In argomento v. L. GODON, *La liberté de la preuve an droit commercial: une illusion?*, in *Dalloz*, 2015, p. 2580.

[18] DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 843.

[19] A. HONTEBEYRIE, *L'admissibilité des modes de preuve: un dispositif clair et concis, dont l'organisation pourrait être améliorée*, in *Droit et patrimoine*, 2015, p. 49 ss. In argomento v. anche G. CATTALANO-CLOAREC, *Proposition de modification de l'article 1359 du Code civil: l'obligation de prouver par écrit en matière civile*, in *Rev. des contrats*, 2017, p. 354 ss.

[20] DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 845.

scritta o quando il documento è stato perduto *par force majeure*.

La prima eccezione corrisponde a quella prevista dall'art. 2724 nr. 2, c.c., facendo riferimento alle relazioni familiari o amichevoli degli interessati, nei casi in cui esse abbiano effettivamente impedito di predisporre uno scritto, mentre la seconda presenta maggiore severità della corrispondente norma del codice civile, che non richiede la forza maggiore e ammette la prova per testimoni «quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli fornisce la prova» (art. 2724, nr. 3). L'impossibilità, comunque, non concerne la redazione dello scritto, come nella prima ipotesi, ma la sua produzione. La norma in esame del *Code civil* si differenzia inoltre dal corrispondente art. 2724 c.c. perché ammette un'ulteriore eccezione quando è usuale non predisporre uno scritto (*s'il est d'usage de ne pas établir un écrit*).

Alla luce dell'art. 1361, infine, la prova scritta può essere rimpiazzata dalla confessione o dal giuramento, come pure da un principio di prova per iscritto corroborato da un altro mezzo di prova. Per «altro mezzo di prova», secondo la giurisprudenza anteriore alla riforma, poteva trattarsi di una presunzione, di una testimonianza o di una confessione stragiudiziale, ritenute dal giudice idonee a sostenere il principio di prova per iscritto.

Per principio di prova per iscritto – secondo la definizione offerta dall'art. 1362 – deve intendersi uno scritto proveniente da colui che contesta un atto o dal rappresentato, che renda verosimile il fatto allegato. Una formulazione, quindi, molto simile a quella dell'art. 2724, nr. 1, c.c.

Il giudice può considerare equivalente a un principio di prova per iscritto le dichiarazioni rese da una parte in occasione della sua comparizione personale, il suo rifiuto di rispondere o la mancata comparizione. Infine, la norma in esame innova il diritto previgente stabilendo che vale come principio di prova per iscritto il riferimento ad una scrittura autenticata oppure a una scrittura privata contenuta in un registro pubblico.

In dottrina è stato precisato che può trattarsi di un qualsiasi «scritto», come ad es. una lettera, una fattura, una fotocopia, un messaggio di posta elettronica, purché possa essere stabilita la sua origine. Mentre, circa la «provenienza» dello scritto, non si ritiene necessario che esso sia stato redatto personalmente da colui che contesta l'atto o da colui che è rappresentato, essendo sufficiente che sia imputabile ad uno dei suddetti soggetti.

Infine, per quanto concerne la verosimiglianza, essa viene considerata l'elemento decisivo, in quanto consente di sfuggire al rigore della prova documentale giustificando il ricorso ad un completamento di prova[21].

4. I mezzi di prova.

Il terzo capitolo dal titolo IV *bis* diviso in cinque sezioni disciplina i diversi mezzi di prova. Si tratta complessivamente di oltre trenta articoli, un numero quindi più o meno equivalente a quello dei corrispondenti articoli contenuti nel codice civile italiano.

Come avviene nel codice civile, le prima norme sono dedicate alla «*preuve par écrit*», ma sono precedute da una nuova disposizione, che codifica peraltro un principio costantemente affermato dalla *Cour de cassation*, secondo cui «*nel ne peut se constituer de titre à soi-même*»[22] (art. 1363). Non sono quindi ammessi mezzi di prova «autocostituiti», cioè provenienti da colui che li ha prodotti o dal suo rappresentante, oppure – secondo una interpretazione più restrittiva e ritenuta preferibile in dottrina alla luce della collocazione della norma[23] – non sono ammesse prove documentali autocostituite.

D'altra parte la norma fa riferimento non ad una «*preuve*» ma ad un «*titre*» e, come ha precisato la *Cour de cassation* se il titolo è una prova, non ogni prova è un titolo[24]. In altri termini, la norma non attribuisce forza probante a documenti, idonei a provare atti giuridici e a «costituire» il titolo di una pretesa, redatti dalla stessa parte che si assume titolare di essa, ad esempio la fattura di un imprenditore che pretende il pagamento di una somma di denaro per avere eseguito dei lavori. Il divieto non si estende invece alla costituzione di mezzi di prova soggetti alla libera valutazione del giudice, come avviene nel caso della prova di fatti giuridici (ad es. relativi ad un incidente).

Particolarmente interessante, infine, anche per l'attualità del dibattito sulla corrispondente norma del codice civile, l'art. 1373 *Code civil* (che riformula i vecchi artt. 1323 e 1324), secondo cui per combattere la scrittura privata è sufficiente disconoscere la calligrafia oppure la sottoscrizione. La seconda frase dell'articolo aggiunge che gli eredi o gli

[21] DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 850.

[22] In argomento v. C. MOULY-GUILLEMAUD, *La sentence «nul ne peut se constituer de preuve à soi-même» au le droit de la preuve à l'èpreuve de l'unilatèralisme*, in *RTC civ.*, 2007, p. 253 ss.

[23] DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obbligations*, cit., p. 854.

[24] Cour de cassation, *La preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2012, p. 222.

aventi causa di una parte possono parimenti disconoscere la calligrafia o la sottoscrizione del loro autore, oppure dichiarare di non conoscerla. La regola – a mio avviso pienamente condivisibile – dovrebbe indurre a riflettere anche per garantire una soluzione adeguata nel nostro ordinamento[25].

[25] In argomento v. le diverse opinioni di M. Sesta, *Questioni sulla prova della falsità del testamento olografo*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 71 ss., e S. Patti, *La contestazione dell'autenticità del testamento olografo (nota a Cass., 15 giugno 2015, n. 12307)*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 989 ss.