



VALENTINA CAPASSO

Metodo e merito della disciplina dell'istruzione probatoria nelle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure

Il contributo muove dall'idea che, nella prospettiva del giurista domestico, l'utilità prospettica dell'ampia e articolata disciplina dell'istruzione probatoria dettata dalle ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure risieda più nelle direttive di fondo che nelle singole soluzioni di dettaglio; di conseguenza, è sul metodo, più che sul merito, che si appunta l'analisi, evidenziando come le previsioni in materia di effettività del *taking of evidence*, di prova illecita e di standard di prova siano suscettibili di ispirare il legislatore italiano, anche eventualmente con soluzioni divergenti da quelle considerate "migliori" a livello europeo.

The contribution stems from the idea that, from the point of view of the domestic lawyer, the prospective usefulness of the broad and detailed rules on the taking of evidence contained in the ELI/UNIDROIT Model Rules of Civil Procedure lies more in the basic guidelines than in the specific detailed solutions. Consequently, the analysis focuses on method rather than substance, highlighting how the provisions on the effectiveness of evidence gathering, unlawful evidence, and standards of proof can inspire Italian legislators, even if this involves adopting solutions that diverge from those considered to be the "best" at the European level.

Sommario: 1. Introduzione: armonizzazione, compromesso e rigetto – 2. Segue: ricadute in punto di importabilità di previsioni di dettaglio – 3. Dal particolare al generale: disposizioni di principio e direttive di fondo – 4. Segue: a) l'effettività del taking of evidence come diritto della parte? – 5. Segue: b) l'inammissibilità della prova illecita come corollario dell'effettività – 6. Segue: c) la codificazione dello standard di prova tra esigenze di certezza e ricerca dell'*optimum* – 7. Un rilievo conclusivo: le regole processuali come (dis)incentivi delle condotte illecite fuori e prima del processo

1. Introduzione: armonizzazione, compromesso e rigetto

«Even though the problem solved by evidence law is more or less universal, evidence law tends to differ significantly from one legal family to another»¹; così, già nel 2014, quando l'idea delle ELI/UNIDROIT Model rules of civil procedure era ancora solo tale, Trocker ricordava come pure nel corso della precedente, analoga iniziativa – promossa dall'American Law Institute insieme all'International Institute for the Unification of Private Law – *«among the major challenges the working group had to face was admittedly the one presented by the profound differences between the various legal systems in their approach to the issues of access to information and*

¹ A. STADLER - M. STRANDBERG, (Rules 87-110, 128-129). *General and procedural issues*, in A. STADLER - V. SMITH - F. GASCÓN INCHAUSTI (eds.), *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, p. 254.

evidence—differences that are most significant and troubling between the USA and the rest of the world»².

Ma se il *divide* più evidente si registra tra tradizioni di *common* e *civil law*, lo stesso panorama eurocontinentale risulta piuttosto variegato; e, sebbene spinte di uniformazione provengano tanto dal diritto UE quanto dalla giurisprudenza CEDU³, si tratta di spinte “deboli”: la prima, infatti, pone vincoli solo in determinati settori, sicché nulla assicura che gli Stati generalizzino principi e regole dedicate al contenzioso di interesse europeo; la seconda, invece, da sempre incide più sul processo penale che su quello civile. Tale rilievo, da un lato, giustifica la conclusione per cui «*current law on evidence in Europe is still characterized by deviating traditions*»⁴; e, dall’altro, e benché in linea generale si avvisi che l’intento dei compilatori «non [sia] stato quello di consolidare standard minimi comuni alle variegate culture processuali europee, bensì di combinare armonicamente principi comuni a queste ultime, elementi salienti della disciplina processuale dell’Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee»⁵, nella consapevolezza che «i compromessi comparatistici non s[iano] “sempre raccomandabili come via per il successo” e “che un chiaro rigetto di singole soluzioni nazionali p[ossa] essere spesso un passo necessario sulla via che conduce a un modello europeo ben funzionante”»⁶, spiega perché – accanto ai «rigetti eccellenti», a cominciare dal «principio *nemo contra se edere tenetur*»⁷ – gli stessi commentatori rilevino in più luoghi come la disciplina dedicata a specifici temi si sia infine risolta in un compromesso tra tradizioni diverse: così è per lo *standard* di prova⁸; per le soluzioni approntate in tema di poteri ufficiosi del

² N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions*, in *Uniform L.R.*, 2014, p. 239. V. anche R. STÜRNER, *Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions against Non-Compliance*, ivi, 2001, p. 871, secondo cui «*one of the most difficult problems besetting the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure became: how to strike a reasonable compromise between the broad American discovery with its rigid and direct compulsory sanction and the more limited taking of evidence of Continental procedure which prefers indirect means of compulsion in the form of procedural disadvantages if a party refuses to cooperate*».

³ N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles to common European rules*, cit., p. 241 s.

⁴ A. STADLER – M. STRANDBERG, *op. loc. cit.*

⁵ R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 721.

⁶ *Ibid.*, p. 722, citando R. STÜRNER, *Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint Eli-Unidroit project*, in *Uniform L.R.*, 2014, p. 326. Ma v. anche N. TROCKER, *From ALI–UNIDROIT Principles*, cit., p. 250 ss., che pure già segnalava – con ampi riferimenti normativi ai sistemi stranieri – il graduale superamento del principio, pur tradizionale nell’Europa continentale.

⁷ R. CAPONI, *Le regole modello*, cit., p. 722.

⁸ A. STADLER – M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

giudice [Rules 25(3), 92(2) e (3), 101(3) e 107(2)]⁹; per le modalità di interrogatorio dei testimoni [Rule 115(3)]; per il valore da accordare alle dichiarazioni della parte (Rule 118)¹⁰.

2. Segue: ricadute in punto di importabilità di previsioni di dettaglio

È evidente, peraltro, che se una siffatta opera di mediazione culturale risulta giustificata ed opportuna nell'ottica dei redattori delle *Rules*, è proprio rispetto ai temi per i quali essa maggiormente si è resa necessaria che deve dubitarsi della capacità delle regole stesse a permeare tutti gli ordinamenti cui le regole modello si indirizzano.

Ciò appare tanto più vero con riferimento al sistema domestico, che, di per sé, è raramente citato nei commenti, e, quando lo è, è di norma annoverato tra quelli "di minoranza"¹¹, ad indiretta testimonianza del disallineamento che, quandomeno in materia probatoria, si registra tra panorama nazionale ed europeo; così, già solo considerando i temi sopra menzionati, la prognosi appare particolarmente infausta con riferimento all'ultima delle previsioni richiamate, la Rule 118, non avendo mai riscontrato successo, a livello normativo, la tesi dottrinale favorevole alla testimonianza della parte¹², né avendo spiegato effetti, sul

⁹ *Ibid.*, p. 267 e p. 285; ma v. già ERCP Rule 92 C 4; come sottolinea F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules to access to information and evidence*, in *Uniform L.R.*, 2025, p. 37, «[i]n the area of evidence [...], the extent of the court's powers and, in particular, the possibility of the court to order on its own motion the taking of evidence not proposed by the parties was a matter of controversy. 18 Comparative solutions are divergent and a neutral and effective solution was not feasible either, given the different understanding of the principle of party disposition at this particular point. As a 'compromise solution', a general rule is offered—the parties are responsible for adducing evidence (Rules 25(1) and 92(1)), which allows two modulations: first, the power of the court to suggest to the parties that they supplement their evidence (Rules 25(3) and 92(2)) and, more exceptionally, the power of the court to order of its own motion the taking of evidence not sought by any party (Rules 25(3) and 92(3))».

¹⁰ M. STÜRNER, (Rules 111–124, 126–127). *Types of evidence*, in A. STADLER - V. SMITH - F. GASCÓN INCHAUSTI (eds.), *European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 320.

¹¹ Così è in relazione all'esistenza di mezzi di prova sottratti alla libera valutazione del giudice, viceversa imperante in Europa (A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 276); va dato atto, però, della capacità dei redattori delle *Rules* di predisporre formulazioni sufficientemente ampie da ricomprendere anche i profili di disciplina che ne derivano. È il caso della Rule 111(4), secondo cui «[p]arties may challenge the authenticity of any document submitted as evidence. In such a case, the court must order the parties to take such steps as are necessary to establish the document's authenticity». È vero che essa «is not concerned with specific procedures to challenge the authenticity of documents, which exist in some jurisdictions like in France (*inscription de faux contre les actes authentiques*, Articles 303 to 316 *Code de procédure civile*) or in Italy (*querela di falso*, Articles 221 to 227 *Codice di procedura civile*)»; e tuttavia, «[t]he second sentence of this paragraph [...] refers to such pre-existing domestic provisions and regulations»: M. STÜRNER, (Rules 111–124, 126–127), cit., p. 311.

More solito, invece, le storture domestiche travalicano i confini nazionali: così, M. STÜRNER, *op. cit.*, p. 310, testo e nota 7, nel commentare la Rule 111(3), secondo cui «[d]ocuments that a party maintains in electronic form must ordinarily be submitted or produced in electronic form, unless the court orders otherwise», precisa che il riconoscimento al giudice del potere di disporre la produzione in formato cartaceo è volto a far fronte a situazioni in cui il documento non possa essere prodotto elettronicamente per motivi tecnici, non certo per garantire una maggiore comodità di lettura... come viceversa avvenuto in Italia [e il richiamo è a Trib. Milano, sez. II, 20 novembre 2014 - 15 gennaio 2015, n. 534 (decreto)].

¹² Il principale fautore della necessità di riconoscere valore probatorio alle affermazioni di parte è, come noto, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, *passim*; sul tema v., di recente, anche per gli ampi

piano costituzionale, la nota sentenza *Dombo Beheer* della Corte EDU¹³, essendo la *ratio* della medesima – la violazione della parità delle armi – non parimenti riscontrabile nel divieto che, nel contesto nazionale, si trae dall'art. 246 c.p.c. (come, del resto, la Corte costituzionale ha ben presto avuto modo di evidenziare)¹⁴; il che, peraltro, e a prescindere dalla posizione che si ritenga di assumere sul merito della questione, sicuramente pone problemi pratici di non poco momento nel rapporto tra processo civile e penale¹⁵.

Molto meno cariche di ideologia, e quindi suscettibili almeno in astratto di più agevole importazione, sono altre regole puntuali, pure degne di attenzione: è il caso della facoltà di astensione riconosciuta ai familiari chiamati a rivestire il ruolo di testimoni [Rule 91(2)(a)]; facoltà invece tuttora non prevista nel Codice di rito domestico, nonostante l'introduzione della stessa sia da tempo ritenuta «obbligata per il patrio legislatore»¹⁶, onde rimediare alle conseguenze della pronuncia costituzionale¹⁷ che ha caducato il divieto di testimoniare di cui al fu art. 247 c.p.c., in tal modo tuttavia esponendo spesso i congiunti della parte all'alternativa tra rendere una dichiarazione a quest'ultima pregiudizievole o commettere falsa testimonianza (non scriminabile ai sensi dell'art. 384, ult. comma, c.p., la giurisprudenza penale consolidata ritenendo la causa di non punibilità ivi prevista applicabile ai soli soggetti incapaci di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c.p.c.)¹⁸.

riferimenti bibliografici, P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria»: nell'incerto scenario del giudizio civile di rinvio post-cassazione penale, tra vecchi feticci e nuove suggestioni, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 627 ss.

¹³ Corte EDU, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 153 ss., con nota di N. TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*.

¹⁴ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 143, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 429 ss., con nota di L. DITTRICH, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle «potenziali»*. Come giustamente osserva P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria», cit., p. 636, nota 27, «[d]iverso sarebbe stato, probabilmente, se maggior peso nella sentenza della Corte Edu avesse avuto l'argomento della mancanza di altri mezzi di prova quale condizione qualificata per l'ammissione del testimonia parziale», segnalando, al riguardo, la decisione filtro della Commissione europea dei diritti dell'uomo, 8 maggio 1962, ric. 1092/61, *X c. Austria*.

¹⁵ P. MAZZA, «Nemo testis in causa propria», cit., p. 627 ss.

¹⁶ L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, p. 112.

¹⁷ Corte cost., 23 luglio 1974, n. 248, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 99 ss., con nota di A. SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 c.p.c.: prospettive e problemi*, e in *Giur. cost.*, 1974, p. 2736 ss., con nota di M. CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota*; v. anche L.P. COMOGGIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 41 ss.; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., p. 105 ss.; B. CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 947 ss.

¹⁸ V. Cass. pen., sez. VI, 8 novembre-5 dicembre 2011, n. 45311, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 384, ult. comma, c.p.c., in favore dei genitori di uno dei coniugi in lite, assunti quali testimoni nel processo civile, in quanto estranei al novero sia dei soggetti facultati all'astensione ex art. 249 c.p.c. (come invece ritenuto dal giudice di merito), quanto a quello dei soggetti incapaci a testimoniare ex art. 246 c.p.c. Il principio – secondo cui «ai fini della esclusione della punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.p., u.c., commessa in una causa civile, l'interesse che rende una persona incapace a deporre si identifica, secondo quanto dispone l'art. 246 c.p.c., con l'interesse giuridico personale, concreto e attuale a proporre una domanda e a contraddirsi, sia sotto l'aspetto di una legittimazione primaria, sia sotto quello di una legittimazione secondaria, mediante intervento adesivo indipendente, per cui non è rilevante un interesse di mero fatto, non sorretto da una posizione di diritto sostanziale

Ancora si segnala, sotto il duplice profilo dell'opportunità e della sostanziale compatibilità con il diritto nazionale, una serie di previsioni in materia di (quella che è considerata) prova peritale, dal dovere del giudice di tendenzialmente aderire alla scelta consensuale dell'esperto operata dalle parti [rule 120(3)] – già ritenuta, se non doverosa, comunque possibile anche nel nostro sistema, argomentando dall'art. 11 LPA¹⁹ – alla sostanziale equiparazione (quantomeno formale) dei *court* e *party-appointed experts*, quale si trae dalla Rule 122(1), secondo cui «[a]n expert, whether appointed by the court or by a party, owes a duty to the court to present a full, objective and impartial assessment of the issue addressed»²⁰. Meno apprezzabile, nella stessa disciplina, la mancata previsione di un limite al numero di consulenti di parte (viceversa fissato in uno per parte dall'art. 201, comma 1, c.p.c., che in ciò costituisce «manifestazione di esigenza democratica del processo, perché, ovviamente, il contraddittorio tecnico scientifico potrebbe determinare un ambiente nel quale la disparità economica delle parti fa registrare pericolose conseguenze» e già letto come espressione del principio di uguaglianza)²¹ e – quantomeno dal punto di vista della formulazione – la Rule 122(2), che, vietando all'esperto di rendere consulenza su temi estranei alle sue competenze, pur traducendo un principio assolutamente condivisibile, sembra farne rimetterne interamente la concretizzazione al consulente, imponendogli di astenersi. La previsione verosimilmente si spiega nell'ottica delle Rules, che, come visto, assumono che l'iniziativa del contatto dell'esperto sia di norma assunta dalle parti; e tuttavia, tenuto conto che anch'esse prevedono la nomina di un *Court-appointed expert*, sembra possibile affermare che più opportuno sarebbe stato anche in quel contesto (come certamente sarebbe nel nostro) porre

giuridicamente tutelabile (Cass. Sez. 6, 30/4/75-11/2/76 n.1963 Rv.132300; 18/6-27/6/08 n.26005 Rv.240566; 10/10-31/10/08 n.40975 Rv.241523) – è stato di recente ribadito da Cass. pen., sez. VI, 24 settembre-4 novembre 2019, n. 44697.

¹⁹ F. AULETTA *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 392 ss.

²⁰ Per M. STÜRNER, (*Rules 111–124, 126–127*), cit., p. 323, «Rule 122 (1) [...] makes clear that the evidence provided by a court-appointed expert does not prevail over that given by a party-appointed expert». Il che appare particolarmente opportuno, a fronte di pronunce che – probabilmente esprimendo quel che resta altrimenti un sentimento latente, ma non per questo meno pericoloso – giungono ad affermare che le «conclusioni tratte dal consulente PM, [...] pur costituendo anch'esse il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistite da una sostanziale priorità rispetto a quelle tratte dal consulente tecnico della difesa»: così Cass. pen., 29 maggio 2020, n. 16458, in *Giur. it.*, 2020, p. 2776, con nota di G. SPANGHER, *La Cassazione giustifica la "disparità delle armi"*, e in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 351, con nota di F. BARTOLINI, *Il consulente tecnico del pubblico ministero: primus inter pares?*; ma v. già i commenti di R.E. KOSTORIS, *Una grave mistificazione inquisitoria: la pretesa fede privilegiata del responso del consulente tecnico dell'accusa*, in www.sistemapenale.it, 28 settembre 2020; G. BERGAMASCHI, *La parità delle parti e quel minus habens del consulente dell'imputato*, in www.ilpenalista.it, 1 ottobre 2020; F. GIUNTA, *I consulenti delle parti sono uguali davanti al giudice (ma quello del PM è più credibile)*, in *Discrimen*, 6 ottobre 2020; G.D. CAIAZZA, *Per la Cassazione valgono più i consulenti dell'accusa che della difesa?*, in *Il dubbio*, 11 ottobre 2020; B. ROMANO, *Il coming out della Cassazione. Il processo accusatorio a parti disuguali*, in www.dirittodidifesa.eu, 16 ottobre 2020; F. GALLUZZO, *Se la Cassazione certifica la superiorità del pubblico ministero rispetto alla difesa: il caso della consulenza "assistita da una sostanziale priorità"*, in www.penaldep.it, 21 ottobre 2020.

²¹ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della tutela giurisdizionale dei diritti*, 4° ed., Bologna, 2026, p. 281.

innanzitutto in capo al giudice, onde limitare la sua discrezionalità, il dovere di operare la scelta tra soggetti che, almeno sulla carta, possano ritenersi qualificati.

3. Dal particolare al generale: disposizioni di principio e direttive di fondo

Se questi rilievi preliminari dimostrano come finanche il *cherry-picking* di singole previsioni dettate in relazione a specifici mezzi di prova sia suscettibile di offrire spunti di riflessione, più fruttuoso – sia dal punto di vista della speculazione teorica, sia sotto il profilo delle concrete possibilità di importazione – appare soffermarsi sulle disposizioni di principio e, più in generale, sulle direttive di fondo che animano la disciplina del *taking of evidence*: non tanto (e, comunque, non solo) nel merito, quanto, e prima, nel metodo.

4. Segue: a) l'effettività del *taking of evidence* come diritto della parte?

Il primo rilievo, sotto questo profilo, attiene alla vocazione delle Rules verso la massima garanzia dell'effettività dell'assunzione e istruzione probatoria; obiettivo che, come già sottolineava Dondi, oltre 40 anni fa, nel riportare l'esperienza statunitense, non può essere affidato esclusivamente ai meccanismi sanzionatori, ma impone di rivedere – ove del caso – l'«intera normativa riguardante questa materia»²². Ed è certamente questo l'approccio che emerge dall'osservazione della disciplina in materia probatoria dettata dalle Rules, non solo nel capo alla stessa appositamente dedicato, ma nell'intero articolato²³, a partire dai principi generali.

Già la Rule 25, espressamente dedicata alla prova, dopo aver dettato la regola generale in tema di relativo onere (ricadente sulla parte che allega il fatto, salvo in ogni caso il rinvio alla legge sostanziale), afferma il «diritto» di accedere ad ogni forma di «*non-privileged and reasonably identified evidence*»²⁴, anche se detenuta dalla controparte o da terzi (P.A. compresa: Rule 105)²⁵, che non possono opporre ad eventuali ordini di *disclosure* e/o produzione la circostanza che l'ottemperanza agli stessi favorirebbe la controparte, e il potere del giudice di domandare alle parti di allegare prove ulteriori ed – eccezionalmente – di raccogliergle d'ufficio.

Sembrerebbe tuttavia erroneo ricavare da tale disposizione un vero e proprio diritto alla prova: anzitutto, infatti, la Rule 103 prevede che l'accesso possa essere in vario modo ristretto a tutela della riservatezza (soprattutto quando la prova sia detenuta da un terzo); ciò che consente di riferire anche al sistema delineato dalle regole modello quanto si afferma per

²² A. DONDI, *L'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 236.

²³ Per il rilievo della capillarità della disciplina della prova nelle Model Rules, v. F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 34.

²⁴ Affermazione ripresa dalla Rule 101(a).

²⁵ Si tratta di una delle poche previsioni rispetto alle quali il dettato domestico (art. 213 c.p.c.) è espressamente richiamato nei commenti: A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 296, nota 206.

quello domestico, *i.e.* che il c.d. «diritto “di difendersi provando” non prende mai consistenza assoluta», né risulta mai «costitutivo di obblighi [...] dell'altra parte o finanche di un terzo»²⁶. Ma v'è di più: il limite non è dato solo dall'altrui diritto – come tendenzialmente nel processo civile nostrano – ma anche da esigenze del sistema. La Rule 102(2)(c) demanda, infatti, al giudice il potere di decidere sull'*application* anche valutando se la «*nature and amount of evidence subject to the application is reasonable and proportionate. For this purpose the court will take into account the legitimate interests of all parties and all interested non-parties*»; il che implica, stando ai commenti, che «[a]pplications can be dismissed if the taking of evidence is too costly or would cause excessive delay of the proceedings»²⁷.

In secondo luogo, la possibilità di accedere ad ogni prova ammissibile e rilevante è – ovviamente – subordinata al rispetto delle scansioni di fase; ma, preme rilevare, quest'ultimo è assicurato non solo dal tradizionale meccanismo della preclusione [così, già la Rule 27(1), in relazione alle offerte di prova non tempestivamente dedotte], ma pure dal ruolo proattivo del giudice e dalla “minaccia” di una chiusura anticipata del processo. Così, scorrendo velocemente – e solo esemplificativamente – la disciplina di dettaglio delle diverse fasi processuali, si incontra anzitutto la previsione secondo cui, al fine di ottemperare al dovere di collaborare onde giungere ad una risoluzione consensuale della controversia, previsto alla Rule 51, le parti possono (*may*) «*identify relevant evidence so as to facilitate effective and early assessment of the merits of their positions*» [Rule 51(2)(c)]. Ma non si tratta all'evidenza di un potere e basta: in realtà, già lo *statement of claim*²⁸ dovrebbe non solo «*describe with sufficient specification the available means of evidence to be offered in support of factual allegations*» [Rule 53(2)(b)] – tant'è che anche la mancanza di tale elemento ingenera il dovere (*must*) della corte di invitare l'attore ad emendarlo [Rule 53(3)] – ma, ove possibile, allo stesso dovrebbero essere già allegati i mezzi di prova sui quali fonda la domanda [Rule 53(4)]²⁹, oltre alla richiesta di accesso alla prova detenuta dalla controparte o da un terzo [Rule 53(5)]. Analoghi oneri gravano sul convenuto [Rule 54(5)], che pure vede consolidare gli effetti della non contestazione già allo stadio dello *statement of defence* [Rule 54(3)]; e tanto la non contestazione quanto il difetto di produzione tempestiva della prova possono determinare l'emanazione di un *early final judgement* [Rule 65(2)(b)]. Resta comunque salva, per entrambe le parti, la possibilità di chiedere di essere autorizzare ad emendare domande e difese, tra l'altro, a seguito della scoperta successiva (purché incolpevole) di nuove prove³⁰, o quando

²⁶ F. AULETTA, *Onere della prova*, in F. AULETTA - S. RUSCIANO, *Prova giudiziale civile*, Torino, 2025, p. 30.

²⁷ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 290; F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence in the ELI/UNIDROIT European rules on civil procedure: some fundamental aspects*, in *Uniform L.R.*, 2019, p. 18.

²⁸ Su quest'ultimo, e più in generale sugli atti difensivi nel sistema delle Rules, v. F. NOCETO, *Atti difensivi nelle Model European Rules of Civil Procedure. Struttura e funzione*, in *questa Rivista*, 2026, p. 198 ss.

²⁹ Lo stesso vale in caso di *joint application*: Rule 57(3).

³⁰ Analogamente prevede la Rule 59 per la *joint application*.

l'allegazione di prove (ancorché già disponibili) si renda necessaria a seguito della previa disclosure (rule 55, comma 1).

Anche nella *early case management hearing* è previsto il potere della corte di emanare una serie di provvedimenti volti alla *disclosure* [Rule 62(2)], una volta chiusa la quale «*no further submissions, arguments or evidence are allowed*», salva la previsione della Rule 63(2) – «*Only under very exceptional circumstances may the court, on its own motion (ex officio) or upon a party's well-founded application, permit further statements and submissions*» – e della Rule 64(4), che, nel disciplinare la *final hearing*, prevede che «*[a]ll relevant evidence not received by the court in the preparatory proceedings may be taken in the final hearing. New evidence not offered in the pleadings or upon amendment in the preparatory stage may be admitted only if a party shows strong and overwhelming reasons for not having produced it earlier*».

Immanente resta il potere del giudice, una volta accolta – in qualunque fase – l'istanza di emanazione di un *access to evidence order*, o ritenuto di provvedervi d'ufficio, di disporre ogni misura necessaria affinché l'ordinanza sia eseguita «*fairly and effectively*» (Rule 109), e di sanzionare il destinatario della stessa (parte o terzo che sia) che distrugga la prova o ne renda altrimenti impossibile l'acquisizione (Rule 110). Dalla lettura combinata delle due disposizioni emerge, infatti, la possibilità di avvalersi sostanzialmente di *tutti* gli strumenti ipotizzabili onde attingere il risultato³¹: dall'esecuzione diretta, anche avvalendosi della forza pubblica (Rule 109)³², alle sanzioni processuali [Rule 110(1)(a)(b)], fino all'*astreinte* [Rule 110(1)(c)]; ed è su questo punto che le Rules sembrano davvero poter costituire un "modello" cui ispirarsi, vista anche l'ennesima occasione persa con la riforma Cartabia.

Invero, nonostante l'ampia latitudine della formula dell'art. 1, comma 21, lett b), l. 26 novembre 2021, n. 206 – che demandava al Governo di «prevedere conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie nei casi di rifiuto non giustificato di consentire l'ispezione prevista dall'articolo 118 del codice di procedura civile e nei casi di rifiuto o inadempimento non giustificati dell'ordine di esibizione previsto dall'articolo 210 del medesimo codice»³³ –

³¹ Sul punto, resta fondamentale lo studio di A. DONDI, *L'effettività*, cit., *passim*, sia nella ricostruzione dei singoli strumenti invalsi nei sistemi (francese, tedesco, anglosassone e statunitense) tuttora assunti come principali modelli, sia nella loro valutazione teorica, *in primis* sotto il profilo dell'effettività. Più di recente, sugli strumenti francese e anglosassone, v. C.V. GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, p. 147 ss. e p. 103 s., e B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 102 ss. e p. 215 ss.; per la Germania, v. R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Le prove nel processo civile. Quaderni dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile Atti del XXV Convegno nazionale (Cagliari, 7-8 ottobre 2005)*, Milano, 2007, p. 294 ss.; G. DI FAZZIO, *La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 143 ss.

³² *Consolidated draft*, p. 232.

³³ Più limitata la delega – e, quindi, si direbbe, il potere del delegato – con riferimento alla richiesta di informazioni alla P.A., l'art. 1, comma 21, lett. c), l. 26 novembre 2021, n. 206 limitandosi a richiedere la previsione «di un termine non superiore a sessanta giorni entro il quale la pubblica amministrazione, cui sono state richieste informazioni ai sensi dell'articolo 213 del codice di procedura civile, deve trasmetterle o deve comunicare le ragioni del diniego»; la novella ha, quindi, lasciato

consentisse, in astratto, anche³⁴ la comminatoria di un'*astreinte* endoprocedurale, la riforma è stata in ultimo limitata a minimi ritocchi agli artt. 118 e 210 c.p.c., con l'innalzamento della sanzione pecuniaria comminabile nei confronti del soggetto (parte o terzo) recalcitrante; così introducendosi un «istituto dalla struttura differente» da quello di cui all'art. 614-bis: non solo perché «l'importo – si deduce, pur in assenza di indicazioni – dovrà essere attribuito all'erario (alla Cassa delle ammende) e non alla parte avversa»³⁵, ma perché lo stesso sconta un'inefficienza di fondo, che sempre accompagna le sanzioni non graduate (*i.e.*, l'incapacità di porsi come effettivo deterrente rispetto alle condotte il cui utile sperato risulti superiore ad una certa soglia, evidentemente tanto più bassa quanto minore dovesse risultare la sanzione stessa)³⁶; né l'inefficienza è bilanciata, almeno con riferimento alla controparte, dalla minima sanzione processuale, costituita dalla possibilità, per il giudice, di trarre dall'inottemperanza all'ordine un argomento di prova: in sostanza, «[a] fronte di una sanzione pecuniaria in misura prefissata, nel massimo, in una somma relativamente esigua [...], la parte destinataria dell'ordine finirà, in sostanza, per effettuare una stima interamente basata sul rischio che l'inottemperanza possa condurla alla soccombenza: rischio nullo ogniquale volta l'argomento di prova non possa assumere valore dirimente»³⁷.

5. Segue: b) l'inammissibilità della prova illecita come corollario dell'effettività

L'effettività del *taking of evidence*, oltre che un fine, costituisce anche – nel corpo delle Rules – la ragione (se non unica, certo) determinante di opzioni ulteriori.

Si allude, in particolare, alla disciplina della prova illecita: tema che, in realtà, è stato vivacemente discusso in sede di redazione delle Rules³⁸, essendo lo stesso variamente affrontato nei Paesi europei³⁹, sia dal punto di vista definitorio che della concreta disciplina

irrisolto il principale problema posto dalla disposizione, *i.e.* quello della «mancanza di un meccanismo sanzionatorio posto a tutela dell'effettività della stessa» N. VICINO, *Le misure in tema di rafforzamento dei doveri di leale collaborazione delle parti e dei terzi*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile. Seconda edizione ampliata e aggiornata al d.leg. 31 ottobre 2024 n. 164*, Rimini, 2025, p. 254.

³⁴ Ma sulle proposte, sia interpretative che di riforma, avanzate nel tempo onde rimediare all'ineffettività – in particolare – dell'ordine di esibizione con strumenti diversi dall'*astreinte*, v., anche per riferimenti, N. VICINO, *Le misure*, cit., p. 251 ss. Più ampiamente, per un inquadramento del tema nell'alveo del dovere di collaborazione delle parti, v. M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, p. 29 ss.

³⁵ C.V. GIABARDO, *Il maquillage dell'art. 614 bis c.p.c. e gli altri interventi in tema di poteri coercitivi del giudice civile*, in A. RONCO (dir.), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2023, p. 431 s.

³⁶ Per un rilievo analogo, v. M. GRADI, *Doveri*, cit., 42, nota 44

³⁷ F. AULETTA, *Diritto giudiziario*, cit., p. 285.

³⁸ F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 19;

³⁹ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262. V. anche V. RIJAVEC - T. KERESTES, *Restrictions on The Admissibility of Evidence*, in C.H. VAN RHEE - A. UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2015, p. 87 ss.; B. NUNNER-KRAUTGASSER - P. ANZENBERGER, *Inadmissible Evidence: Illegally Obtained Evidence and the*

(talora affidata alla legge, costituzionale od ordinaria, più spesso alla giurisprudenza); sicché, se la soluzione (anche qui) di compromesso⁴⁰, codificata nella Rule 90 – per cui, ferma la regola generale dell’inammissibilità della prova illecita, solo eccezionalmente la corte può ammetterla, ove essa costituisca l’unico mezzo per l’accertamento dei fatti, e solo previa valutazione del comportamento della controparte o dei terzi e della gravità della violazione – riprende, in ultimo, la giurisprudenza convenzionale⁴¹, i commentatori concordano nell’attribuire alla constatata, ampia possibilità riconosciuta alle parti di procurarsi la prova *attraverso* il processo un peso determinante nella scelta del rapporto tra regola ed eccezione⁴².

Ma la bontà della soluzione – sia dal punto di vista dell’*an* che del concreto contenuto della regola – pare apprezzabile anche dall’angolo visuale dello studioso italiano, pur in difetto di una pari effettività del *taking of evidence*.

Come noto, infatti, anche nel nostro sistema, difettando un’espressa previsione, è dubbia sia la definizione (che peraltro neppure le Rules forniscono, presupponendola)⁴³, sia – e anche conseguentemente – il trattamento della prova illecita. Così, come nella maggioranza dei sistemi europei, la materia è dominata dal diritto giurisprudenziale, ove tuttavia convivono 3 indirizzi (quelli, estremi, dell’ammissibilità o dell’inammissibilità *tout court* della prova illecita, e quello che ritiene necessario operare un bilanciamento degli interessi in gioco, evidentemente su base casistica)⁴⁴; sicché già solo l’incertezza che ne deriva rende di per sé opportuna una presa di posizione del legislatore, in un senso o nell’altro.

D’altro canto, se, in una prospettiva *de iure condito*, e partendo dal presupposto che illecita sia quella prova acquisita in violazione di un precetto di diritto sostanziale (poiché altre sono le conseguenze, in punto di nullità e/o inutilizzabilità, di quella assunta contravvenendo alle

Limits of the Judicial Establishment of the Truth, in V. RIJAVEC - T. KERESTÉŠ - T. IVANC (eds.), *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 195 ss.

⁴⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 37.

⁴¹ F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 20 s.

⁴² F. GASCÓN INCHAUSTI, *The approach of the Model Rules*, cit., p. 39; A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262 s.; ma v. già il *Consolidated draft*, p. 206.

⁴³ Come sottolinea F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to information and evidence*, cit., p. 20 «[t]he proposed rule does not determine [what is illegal], but for one point: illegality must refer to the way evidence was obtained, not to its contents or to the taking of it». Secondo gli aa., «only critical cases should be considered here—that is, only cases where evidence was obtained by infringing fundamental rights or other equivalent constitutional values. In other words, illegal is not an equivalent of ‘unlawful’, a term with ethical perspectives, rather than legal, but neither is it an equivalent of ‘wrongful’ because not any legal infringement should entail the severe consequences associated to illegality».

⁴⁴ Per una ricostruzione del dato giurisprudenziale, v. M. VELLETTI, *Disciplina della prova nei procedimenti di diritto di famiglia*, in A. CIRIELLO - G. GRASSO - D. LO MORO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario*, Roma, 2021, p. 153 ss., spec. p. 161 ss.

Quanto, invece, all’elaborazione dottrinale, v. anzitutto gli studi monografici *ex professo* dedicati al tema di L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, e N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, nonché P.C. RUGGIERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022, p. 141 ss.

regole processuali), già in altra sede⁴⁵ si è espressa adesione alla tesi di Passanante – che è giunto a dimostrare, da un lato, l’assenza di un espresso limite all’utilizzabilità della stessa, e, dall’altro, la contraddittorietà di un’argomentazione per principi che volesse fondarlo sui canoni del giusto processo –, nella medesima occasione si è già auspicato un intervento legislativo in senso contrario, dovendosi ritenere che l’assenza attuale di un divieto ponga problemi non esclusivamente assiologici, quantomeno nella misura in cui il diverso regime valevole nel processo civile e penale viene di fatto aggirato mediante la circolazione dei giudicati. In sostanza, a prescindere da ogni giudizio di valore, sembra darsi già allo stato almeno una ragione per auspicare l’introduzione di un divieto analogo a quello previsto dalla Rule 90.

A questa potrà aggiungersene una ulteriore, in realtà in qualche misura suggerita dallo stesso commento alle Rules, là dove osserva che «*permitting the possibility of exceptions to the general rule should not be taken to promote illegality in evidence-gathering. The general rule in Rule 90(1) is, on the contrary, intended to deter illegality*»⁴⁶; ma su tale punto sembra opportuno tornare nelle conclusioni, introducendo esso un tema che, per quanto controintuitivamente, risulta comune a quello dello standard di prova, su cui subito *infra*.

6. Segue: c) la codificazione dello standard di prova tra esigenze di certezza e ricerca dell’optimum

Anche rispetto a questo tema, il primo apprezzamento va indirizzato all’*an*: la Rule 87, nel fissare lo standard di prova – sul presupposto che esso costituisca «*a matter of law*»⁴⁷ e che debba essere reso noto alle parti prima del processo⁴⁸, per ragioni non troppo diverse da quelle per cui, anche nella letteratura domestica, si predica la medesima necessità rispetto alle regole di riparto dell’onere della prova (che resta essenziale come *principio*, ancorché in astratto declinabile secondo *regole* differenti)⁴⁹ – colma quella che, invece, nel nostro sistema costituisce una lacuna, stante la mancanza di una disposizione *ad hoc*.

La concreta scelta della formula dello standard – il «ragionevol[e]» convin[cimento]», ancora una volta frutto di un compromesso⁵⁰ – non sembra invece opportunamente mutuabile: certo, in prima battuta, l’orientamento delle Rules, nel senso del superamento del criterio della *preponderance of evidence* – donde l’enfasi posta sul richiamo alla necessità che il giudice risulti «convinto», che appunto mira ad elevare lo standard *oltre* il «più probabile che non» – potrebbe in prima battuta apparire perfettamente in linea con l’evoluzione dottrinale

⁴⁵ V. CAPASSO, *La giurisprudenza francese in tema di preuve déloyale e « circolazione di giudicati » resi secondo regole processuali diverse: considerazioni a margine di un problema comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, p. 903 ss.

⁴⁶ *Consolidated draft*, p. 206; un cenno anche in A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 262 s.

⁴⁷ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 256.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ F. AULETTA, *Onere della prova*, cit., p. 21 ss.

⁵⁰ A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

domestica, che appunto critica lo standard in parola⁵¹. Ad una più attenta analisi, tuttavia, l'impressione si rivela errata.

Anzitutto, la specificazione che il convincimento debba essere (solo) «ragionevol[e]», dichiaratamente intesa a lasciare al giudice un certo margine di manovra⁵², da un lato non può non evocare la pessima prova che ha dato di sé la formula analoga della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello, da stimarsi ai fini dell'opzione tra applicazione del filtro di cui all' art. 348-*bis* c.p.c. *ante*-Cartabia e trattazione ordinaria⁵³; dall'altro, reca intrinsecamente con sé un elemento di discrezionalità che finirebbe, ove calato *senz'altro* nel contesto nazionale, per vanificare l'intento (pur) ufficialmente perseguito. Infatti, da un lato, mentre la previsione si accompagna nelle Rules a quella del dovere del giudice di giustificare le ragioni del proprio ragionevole convincimento [Rules 12 and 131(f)] – e, in particolare, a quello di considerare «*all factual, evidential, and legal issues advanced by the parties*» e di «*specifically set out their reasoning concerning substantial issues*» [Rule 12(1)] –, un siffatto dovere, quand'anche codificato, risulterebbe prevedibilmente svuotato, nel panorama domestico, ove ricondotto al vizio di motivazione, come oggi interpretato⁵⁴; dall'altro, anche a voler ritenere – come sembrerebbe più corretto – il dovere in parola quale regola di condotta del giudice, e, quindi, ricondurne la violazione al novero degli *errores in procedendo*, è nota la relazione biunivoca che la Cassazione traccia tra potere discrezionale del giudice e sostanziale insindacabilità del suo esercizio.

Vi è di più: che il superamento del «più probabile che non» sia davvero auspicabile non è così scontato. Certo potrebbe apparire tale, nella misura in cui si volesse assumere che lo scopo

⁵¹ R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2524 ss.; *Id.*, *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in Cassazione*, in Aa.Vv., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Bologna, 2020, p. 373 ss.; *Id.*, *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 515 ss. *Id.*, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in S. PATTI - R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, p. 26 ss.; *Id.*, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 460 ss.; *Id.*, *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica*, *ivi*, 2022, p. 881 ss.; *Id.*, *La ricostruzione dei fatti nel ragionamento giudiziale*, in *Judicium*, 2022, p. 525 ss.; *Id.*, *La valutazione delle prove e il suo controllo in Cassazione*, in *Jus Civile*, 2023, p. 34 ss.; *Id.*, *Gli standard di prova nella giurisprudenza della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 451 ss.

⁵² A. STADLER - M. STRANDBERG, *op. cit.*, p. 257.

⁵³ Sul tema, anche per una ricognizione delle varieghe opinioni dottrinali, sia consentito il rinvio a V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2022, p. 349 s., testo e note 528-532.

⁵⁴ *I.e.*, secondo il tuttora formalmente incontrastato insegnamento di Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 (e n. 8054), in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1594, con nota di F. PORCELLI, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1241, con nota di C. GLENDI, *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro “non grande arresto” delle Sezioni Unite)*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, II, p. 460, con nota di S. DALLA BONTÀ, *Le Sezioni Unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5 c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria*, con abbassamento della soglia di sindacato alla mera esistenza del minimo costituzionale (v. L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al « minimo costituzionale » il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 179 ss.).

(se non unico, prevalente) del processo sia la ricerca della verità materiale; o si potesse affermare che solo operando sullo standard sarebbe conseguibile un controllo di legittimità sull'altrimenti sostanzialmente piena discrezionalità del giudice.

Ma, da un lato, rispetto al primo tema, mi pare che le stesse Rules – almeno stando all'interpretazione autentica che può ritenersi essere fornita dal commento alla versione inglese – assumano una prospettiva laica, come dimostrato dalla precisazione che «*“Truth” in this context must be read free from any philosophical connotation. It is merely intended to describe the level or degree of confidence sufficient for the court to pronounce a decision on the facts*»⁵⁵; il che appare del resto perfettamente coerente con un sistema che – oltre ad impostarsi sull'articolato sistema di preclusioni, cui si è già fatto cenno – ammette che la decisione possa basarsi su fatti ammessi o non contestati [Rule 88(1)].

Dall'altro, e con riferimento – stavolta – ad entrambi gli ipotetici obiettivi, l'innalzamento per via normativa dello standard non appare affatto necessario (né, verosimilmente, sufficiente). Anzitutto, infatti, le stesse critiche avanzate dalla dottrina domestica appaiono rivolte non allo *standard in sé*, ma al *modo in cui esso è inteso dalla giurisprudenza*. Invero, come pure sottolineato, in astratto potrebbe ritenersi «più probabile» il fatto «più provato», cioè quello che «ha un grado di conferma probatoria maggiore rispetto all'ipotesi contraria, vale a dire l'ipotesi della sua non verificaione, indipendentemente dalla solidità, dalla forza in assoluto del grado di conferma stesso»⁵⁶; oppure quello «che ha maggiori possibilità di verificaione rispetto all'ipotesi fattuale contraria», cioè quello il cui «grado di conferma probatoria consente di affermare la sua verificaione in base all'*id quod plerumque accidit*»⁵⁷; e il vero problema, avvertito dalla dottrina domestica, è che la Cassazione si allinea al primo modo di intenderlo, quando il secondo sarebbe non solo preferibile, ma in realtà quello più razionale, oltre che coerente con il dato positivo *a tutto tondo*. Se, infatti, Poli, nel rilevare l'insussistenza di qualsivoglia ragione per «prevedere per la parte onerata di poter provare di meno, o di dovere provare di più di quanto accade normalmente, di regola, nel mondo a giustificazione della propria domanda giudiziale»⁵⁸, può trarre conferma dagli artt. 2727 e 2729 c.c. e 192 c.p.p., già si deve a Taruffo l'osservazione per cui uno standard più elevato finirebbe per porsi in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto renderebbe «proporzionalmente troppo difficile, a chi si presenta come titolare di un diritto che rivendica in giudizio, di provare il fondamento fattuale del diritto che fa valere»⁵⁹.

⁵⁵ Consolidated draft, p. 202.

⁵⁶ R. POLI, *Gli standard di prova nella giurisprudenza*, cit., p. 463.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 464.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 470.

⁵⁹ M. TARUFFO, *La regola del più probabile che non come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in V. GAROFOLI (a cura di), *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, p. 56.

D'altro canto, la dottrina sottolinea pure che, nonostante «torregg[i] il noto insegnamento della Suprema Corte, secondo cui la valutazione delle prove costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione (ma non più per motivazione insufficiente, dopo la riforma del 2012) o per omesso esame circa un fatto decisivo, ex art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.», «quando si va a vedere nel dettaglio le pronunce della Corte, ci si avvede che le possibilità di sindacato delle «buone ragioni» del giudizio di fatto appaiono senz'altro soddisfacenti anche nel giudizio di cassazione», la giurisprudenza di fatto riconoscendo la sindacabilità di «tutti i momenti strutturali della valutazione delle prove»⁶⁰.

Escluse, per quanto detto, ragioni giuridiche cogenti nel senso della necessità della modifica, quest'ultima neppure sembra potersi giustificare per ragioni di efficienza del sistema: anzi. Studi di *law and economics* dimostrano che – quantomeno nei classici giudizi di responsabilità

⁶⁰ R. POLI, *Gli standard di prova nella giurisprudenza*, cit., p. 476, testo e nota 71. Anche se, di là di ogni ricostruzione, pare sempre valida l'osservazione – che giustifica l'anticipato giudizio di insufficienza di qualunque, ipotizzabile modifica – che l'unica «costante» nel controllo della motivazione da parte della Cassazione si risolve in ciò, che «la Corte fa quello che vuole»: F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, II. Il processo di cognizione*, Milano, 2017, p. 412.

civile⁶¹ – quello della *preponderance of evidence* rappresenta lo standard⁶² che massimizza la propensione alla diligenza dei potenziali *tortfeasors*, anche in situazioni di asimmetria informativa⁶³. La ragione appare evidente: al ridursi dell'onere dimostrativo dell'attore aumenta proporzionalmente il rischio per il convenuto di restare soccombente (tant'è che è pacifico che il regime di *strict liability* sia quello che induce la massima diligenza; ma quest'ultimo, ovviamente, può assumersi solo in casi tipici, selezionati dal legislatore in base a considerazioni di regolarità statistica o di bilanciamento degli interessi).

⁶¹ La diversa soluzione adottata nel processo penale è non solo retta, a monte, da una diversa *ideologia*, ma è pure concretamente resa più semplice dalla possibilità di ritenere sempre e comunque prevalente la tutela dell'imputato (per necessità costituzionale, evidentemente, ma anche – secondo l'insegnamento tradizionale dell'analisi economica del diritto – sull'assunto che in tale ambito i falsi positivi siano socialmente più "costosi" dei falsi negativi): per riferimenti, v. N. GAROUPA, *Explaining the Standard of Proof in Criminal Law: A New Insight*, in *Supreme Ct. Econ. R.*, 2017, p. 111 ss., che peraltro evidenzia come lo standard BARD nel processo penale costituisca (anche) un correttivo alla propensione alla condanna degli operatori di giustizia.

In quest'ottica, riesce anche maggiormente comprensibile l'innalzamento dello standard in alcuni tipi di giudizi civili, che tuttavia ripetono in qualche misura lo schema processualpenalistico. Esempio in questo senso è la recente virata verso lo standard della *clear and convincing evidence* nel processo tributario (G. MELIS, *L'onere della prova nel diritto tributario dopo la legge n. 130 del 2022 e il d.lgs. n. 219 del 2023*, in *Dir. prat. trib.*, 2024, p. 1700 s., anche per ulteriori riferimenti), ove, come noto, l'art. 7 D.Lgs. n. 546/1992 – aggiunto dall'art. 6, comma 1, L. n. 130/2022, e poi rifluito dell'art. 52, comma 5, TUGT, approvato con il d.lgs. n. 175/2024, di cui è prevista l'applicazione dal primo gennaio 2026 – prevede che «L'amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati».

La disposizione è parsa dettare, più che «una regola probatoria finale vera e propria», ma «una regola (pre)finale di giudizio, che opera oltre la fase istruttoria, incidendo direttamente in quella decisoria», nella misura in cui, nell'economia della stessa, «la deficienza della prova» assurge al rango di «vero e proprio autonomo vizio di legittimità dell'atto stesso, e dunque, per ciò solo, immediatamente produttivo dell'effetto caducatorio, suo proprio»: C. GLENDI, *La regola (pre)finale al non liquet nel novissimo processo tributario riformato*, in *Dir. prat. trib.*, 2025, p. 1226. Ad ogni modo, e di là delle difficoltà interpretative che la formulazione della disposizione ingenera – già per la sua fattura, essendosi immediatamente notato che «al lettore, non necessariamente "culto", ma, pur solo non proprio a digiuno della materia, [essa] appare una sorta di "guazzabuglio di parole" frutto palese d'incultura giuridica, in cui convergono, con stupefacente libertà, confusioni concettuali di primordiali nozioni oramai sedimentate a livello teorico, come sono quelle di "prova", "motivazione" e "giudizio", "decisione di merito" o di "annullamento di atti", di "oggetto della domanda" o di "motivi" o "ragioni", e, ancora, di "mancanza", "contraddittorietà" o "insufficienza" di motivazione e/o di prova»: C. GLENDI, *La novissima stagione della giustizia tributaria riformata*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2022, p. 760 –, almeno due dati sembrano indubbi: da un lato, l'impossibilità di secondarne letture riduttive, intese a privare la novella normativa di qualunque carattere innovativo (in questo senso C. GLENDI, *Onere della prova o regola finale del fatto incerto nel processo tributario riformato*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2023, p. 474 s.); dall'altro, la «chiara *intentio legislatoris*», nel senso di «elevare lo standard probatorio a carico dell'Amministrazione finanziaria, ponendo un argine alle prassi giurisprudenziali pro fisco» (M. PANE - L.R. CORRADO, *L'onere della prova, tra novella legislativa e resistenza ermeneutica pro fisco*, in *Il fisco*, 2026, p. 132, che tuttavia danno atto – ivi, p. 131 ss. – delle resistenze della giurisprudenza, soprattutto di legittimità).

⁶² Va comunque avvertito che «*the treatment of burden of proof in the economic literature is confusing. The distinction between burden and standard of proof is not always clear*»: N. GAROUPA, *Explaining*, cit., p. 112, nota 1

⁶³ D. DEMOUGIN - C. FLUET, *Preponderance of Evidence*, in *European Econ. R.*, 2006, p. 963 ss.

7. Un rilievo conclusivo: le regole processuali come (dis)incentivi delle condotte illecite fuori e prima del processo

Di tali considerazioni non è traccia né nel commento ufficiale, né nella dottrina che si è esercitata sulle Rules; il che – per tornare a quanto accennato poco fa – stona, invece, con la consapevolezza mostrata dai redattori delle regole modello in tema di prova illecita, rispetto alla quale invece – come visto⁶⁴ – ci si premura di sottolineare che l’eccezionale ammissibilità di quest’ultima, per i casi in cui essa costituisca l’unico strumento per la dimostrazione del fatto, non intende incentivare condotte illecite sul piano sostanziale, quali appunto quelle rivolte a procurarsi la prova *comunque*. Considerazione che, oltre a confortare il giudizio positivo già espresso sulla regola (dell’inammissibilità della prova illecita), appare apprezzabile anche nella misura in cui rivela la capacità di redattori delle Rules di adottare una visione d’insieme, non limitata alla disciplina del processo, ma estesa ai riflessi che essa può determinare sul comportamento extraprocessuale dei consociati.

Ora, la circostanza che pari sensibilità non emerga con riferimento allo standard di prova può verosimilmente spiegarsi considerando che rispetto alla prova illecita il collegamento risulta in effetti più immediato ed *intuitivo*; eppure, a valle, è facile constatare come i due temi rispondano ad esigenze di temperamento analoghe (potendo, allora, ad entrambi indirizzarsi il rilievo per cui «*seeking the truth is not the same as providing incentives*»)⁶⁵; così come sembra ragionevole sostenere che tale temperamento – qui, come in ogni altro ipotizzabile caso – non possa affidarsi all’*intuizione*, tantopiù ove uno strumento di analisi scientifica (nella specie, la *law and economics*) si dia.

Ovviamente, le superiori considerazioni muovono dal presupposto – del resto naturalmente derivante dall’oggetto di analisi, le Model Rules, che adottano l’ottica del regolatore, non del giurista positivo o del giudice – che ad occuparsi di tanto sia il *lawmaker*.

E, nel nostro sistema, il *lawmaker*, l’unico legittimato per Costituzione ad esserlo, quando si tratti del processo, è anche il primo – se non l’unico – astretto al *vincolo di scopo* di predisporre di funzionali, oltre che alla giustizia (procedurale)⁶⁶, alla ragionevole durata; la quale ultima, come la giurisprudenza ci ricorda sin troppo spesso, si consegue *anche* agendo sulla *quantità*. E allora proprio i due temi affrontati inducono a domandarsi, più generale, se, nel momento in cui si pensa alle regole, l’obiettivo primario debba restare sempre e comunque il mito della fedeltà dell’accertamento giudiziale alla c.d. verità materiale, o piuttosto (o, comunque, *anche*) quello di valorizzare la funzione generalpreventiva delle regole processuali, nella misura in cui esse si rivelano suscettibili di orientare il

⁶⁴ *Retro*, § 5.

⁶⁵ D. DEMOUGIN - C. FLUET, *Preponderance of Evidence*, cit., p. 4.

⁶⁶ Per le ragioni della specificazione, v. V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., p. 48 ss.

comportamento dei consociati *prima e fuori del processo*, sì da potenzialmente ridurre la necessità di ricorrervi.

Valentina Capasso
Ricercatrice dell'Università di Napoli Federico II