

APPUNTI SULLA REGOLA DELL'ONERE DELLA PROVA NEL
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INGLESE*

LAURA DURELLO

Ricercatore

nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. Breve premessa sull'onere della prova. – 2. L'onere della prova nel sistema processuale civile inglese: il *burden of persuasion* e il *burden of adducing evidence*. – 3. Gli *standard of proof*. – 4. Osservazioni conclusive e uno sguardo ai *non-jury trials*.

1. – Quando il giudice formula il giudizio di fatto, se dispone di prove idonee all'accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione, la questione di fatto viene risolta sulla base delle prove validamente acquisite.

Il giudice, quindi, applicherà ai fatti che risultano provati la regola di diritto sostanziale che ritiene più appropriata per la decisione del caso concreto, giungendo in questo modo a pronunciare la decisione finale.

Può accadere tuttavia che la rappresentazione dei fatti all'interno del processo non sia possibile, vuoi perché le parti che ne erano onerate non abbiano dedotto prove a sostegno delle loro allegazioni in fatto, vuoi perché sussiste un'impossibilità oggettiva nel senso che non esistono prove ovvero i mezzi di prova ammessi non hanno avuto esito positivo o, ancora, nonostante l'assunzione della prova non è stato raggiunto il pieno convincimento del giudice.

In queste situazioni, l'impossibilità di formulare compiutamente il giudizio di fatto pone un problema di decisione della causa, poiché il giudice, difettando l'accertamento del fatto, non può applicare la norma di diritto sostanziale al caso concreto per trarne le relative conseguenze giuridiche e pronunciare sul merito della controversia.

Proprio dalla constatazione che l'esigenza di una decisione di merito non può essere soddisfatta in tutte quelle situazioni in cui è impossibile accertare i fatti, deriva la necessità avvertita in tutti gli ordinamenti moderni di elaborare una regola giudizio che venga in soccorso del giudice quando il fatto è rimasto incerto¹.

* Nel dare alle stampe questo lavoro, desidero esprimere il mio più sentito ringraziamento al Prof. Adrian A. Zuckerman per i preziosi suggerimenti datimi durante il periodo di studio che ho trascorso con lui presso la University of Oxford.

¹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma, 2009, p. 226.

Non è infatti ipotizzabile una pronuncia di *non liquet* se i fatti di causa non sono stati pienamente provati, in quanto se per un verso deve essere salvaguardato il valore della certezza dei diritti, per altro verso l'omessa pronuncia si tradurrebbe in un diniego di giustizia².

Nel nostro ordinamento, come nella gran parte degli altri ordinamenti occidentali, tale regola di giudizio è fondata sul principio dell'onere della prova codificato all'art. 2697 c.c.³, ai sensi del quale chi agisce in giudizio deve provare i fatti costitutivi della situazione giuridica fatta valere e chi resiste deve provare l'eventuale sussistenza di fatti estintivi, modificativi e impeditivi della medesima⁴.

Tale regola riveste dunque anche un indubbio carattere pubblicistico, poiché nella sostanza vieta al giudice «di esimersi dal pronunciare sotto il pretesto del mancato accertamento dei fatti»⁵.

Ad ogni buon conto, l'art. 2697 c.c., limitandosi a richiamare le categorie generali dei fatti costitutivi e dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi, è stata comprensibilmente qualificata come norma in bianco⁶, che quindi va coordinata con le singole disposizioni di diritto sostanziale, le quali

² G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pp. 178-190. In senso conforme V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 31 ss.

³ Nel codice c.c. del 1865 l'art. 1312 si riferiva unicamente alla prova delle obbligazioni limitandosi a statuire «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione». Cfr. G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 421, l'a. rileva che dottrina e giurisprudenza interpretavano l'art. 1312 c.c. 1865 rendendolo nei fatti una regola generale, valevole anche nei casi in cui ad essere dedotta in giudizio non fosse una mera obbligazione pecuniaria.

⁴ G. A. MICHELI, *op.cit.*, *passim*; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit.; ID., *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 438 ss.; ID., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 407 ss.; F. CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, I, p. 3 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 292 ss.; G. DE STEFANO, voce *Onere (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 114 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 5; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, p. 318 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 331 ss.; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., p. 65 ss.; ID., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.; S. PATTI, *Le prove, parte generale*, Milano, 2010, p. 47 ss.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, p. 7 ss.; G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 321 ss.

⁵ V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 293 il quale rileva che la norma «abbisogna di due integrazioni: l'una è costituita dall'identificazione dell'effetto vagheggiato dall'attore; l'altra è data dall'inserzione dell'effetto, tramite la tripartizione dei fatti giuridici, nell'intera esperienza normativa».

⁶ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 159 ss.; S. PATTI, *op.cit.*, p. 84; L.P. COMOGLIO, *op.cit.*, p. 186; V. ANDRIOLI, *op. loc. cit.*; R. SACCO, *op.cit.*, p. 420.

delineano le fattispecie costitutive dei diritti e di conseguenza i fatti giuridici cui applicare la regola dell'onere della prova⁷.

In altre parole, sono solo le norme sostanziali a poter indicare all'interprete l'effettiva ripartizione dell'onere della prova in ogni singola fattispecie⁸.

Il giudice, in definitiva, dovrà decidere anche in mancanza di prove sull'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante e ciò farà sulla scorta del suddetto criterio di decisione, condensabile nell'assioma secondo cui «chi non dimostra la verità dei fatti che ha l'onere di provare soccombe, poiché il giudice trae le conseguenze della mancata prova dei fatti che una parte ha allegato, decidendo in senso sfavorevole a questa parte»⁹.

Tuttavia, secondo altra impostazione, la regola di giudizio è «(...) conseguenza di una scelta di civiltà, giacché proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente»¹⁰. In altri termini, il giudice in applicazione di questo criterio, non può considerare esistenti i fatti rispetto ai quali non è stato raggiunto il suo convincimento perché in tutto o in parte sforniti di prova¹¹, e dunque: «(...) l'esigenza della regola di giudizio nasce non dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza sul fatto, ma dalla convinzione che sia necessaria un'apposita regola per rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati»¹².

Da questo punto di vista la regola di giudizio dell'onere della prova si limita ad imporre al giudice di non ritenere esistente il fatto non provato, mentre il criterio di valutazione ai fini della decisione è da ricercare unicamente nella norma sostanziale che qualifica il fatto e individua il soggetto su cui grava l'onere della prova e, dunque, su cui incombe il rischio del mancato accertamento del fatto¹³.

⁷ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2018, p. 261, osserva che la norma in discorso «correttamente non parla di 'attore' e 'convenuto', perché se è vero che, di regola, è colui che prende l'iniziativa di instaurare il processo (l'attore) ad affermare l'esistenza di un suo diritto, vi sono innumerevoli casi di inversione dell'iniziativa processuale, cioè caso in cui l'iniziativa processuale, quindi la qualità di attore, spetta a colui che nega l'esistenza del diritto altrui».

⁸ V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 293, definisce l'art. 2697 c.c. come «norma in bianco». G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 160, sottolinea come il legislatore con l'art. 2697 c.c. «si sarebbe illuso di creare una 'cerniera' fissa e completa tra diritto sostanziale e processo, giacché tale cerniera alla fine deve sempre essere rintracciata nell'uomo chiamato ad applicare la legge».

⁹ M. TARUFFO, *op.cit.*, p. 227.

¹⁰ Così G. VERDE, *op.cit.*, p. 27.

¹¹ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 26.

¹² G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.

¹³ G. VERDE, *op. ult. cit.*, pp. 91-92.

A ciò si contrappone l'impostazione secondo cui il contenuto del principio dell'onere della prova deve essere determinato con riguardo a quella specifica pretesa fatta valere in giudizio ed al ruolo concretamente svolto dalle parti nel processo¹⁴.

L'onere della prova, dunque, opererebbe sulla base delle posizioni processuali che le parti hanno assunto attraverso le loro allegazioni, e non limitandosi alla sola fattispecie sostanziale che è stata dedotta in causa.

In effetti, l'operatività dell'onere della prova è, indubbiamente, influenzata dal contegno processuale della parte ed in particolare dall'onere di allegazione¹⁵ negli atti introduttivi dei fatti posti a fondamento delle proprie domande e eccezioni. Il giudice che si trova ad applicare la regola di giudizio dovrà richiamare, da un lato, la norma sostanziale che disciplina la fattispecie dedotta in giudizio e, dall'altro, i fatti allegati dalle parti in sede di atti introduttivi¹⁶. In altri termini, il problema dell'onere della prova deve essere affrontato con riguardo ai fatti concretamente allegati dalla parte e non a quelli che avrebbe dovuto allegare sulla scorta della norma sostanziale¹⁷.

Quindi, è evidente che si tratta di una regola che è rivolta al giudice nel momento in cui al termine dell'istruttoria prende atto dell'incertezza circa la verità di un determinato fatto decisivo. Tale principio non concerne, quindi, l'ammissione e la formazione della prova, né la valutazione, ma si pone in un momento successivo quando le prove hanno rivelato la loro inadeguatezza a dimostrare i fatti rilevanti e contestati. Se il risultato dell'istruttoria è nel senso di una carenza di prova del fatto rilevante, allora

¹⁴ G. A. MICHELI *op.cit.*, p. 286 ss.

¹⁵ Sul tema V. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino, 2001, *passim*.

¹⁶ L.P. COMOGLIO, *op.cit.*, pp. 265-266 rileva che «Le indicazioni normative, in prima approssimazione, indurrebbero a ritenere che la soluzione del problema non possa dipendere, in esclusiva, da qualificazioni sostanziali, attinenti alla struttura del diritto azionabile od alla natura dell'effetto giuridico che è oggetto di accertamento, ma debba tenere conto, altresì, di valutazioni processuali, derivanti dal modo in cui la contrapposizione dialettica delle parti nella dinamica del giudizio si riverbera tecnicamente sulle possibilità strumentali di tutela di quel diritto o sulla realizzazione giurisdizionale di quell'effetto. E quanto basta, per respingere formule aprioristiche o rigide ripartizioni, che finirebbero col rinnegare la concreta variabilità del thema probandum».

¹⁷ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 229 rileva che spesso accade come «il problema di 'chi deve provare cosa' venga convertito col il problema di 'chi deve allegare, e quindi provare, che cosa', oppure si riferisca tout court l'onere della prova non ai fatti allegati, ma ai fatti che comunque una parte avrebbe dovuto allegare, e poi provare, a fondamento delle sue domande o eccezioni. In questo modo il problema dell'onere della prova viene ad essere formulato non in base alle posizioni processuali che le parti hanno assunto con le loro allegazioni, ma in base alle loro posizioni rispetto alla fattispecie sostanziale che è stata dedotta in causa».

il giudice darà ragione o torto in applicazione di quelle che sono le regole sulla distribuzione dell'onere della prova.

L'istituto dell'onere della prova consente, dunque, al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, pur quando, nonostante l'attività probatoria svolta dalle parti – oppure in sua mancanza – egli sia rimasto nel dubbio circa la verità dei fatti.

Quel necessario collegamento esistente tra la regola di giudizio dell'onere della prova con la norma sostanziale applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio ha, peraltro, condotto a riflessioni sulla natura della regola in esame. Un primo orientamento, se pur minoritario, proprio in forza del collegamento operato dall'art. 2697 c.c. alle norme di diritto sostanziale riconosce natura sostanziale alla regola dell'onere della prova¹⁸. Oltre a questo dato, deporrebbe in tal senso anche la collocazione della norma all'interno del codice civile nonché l'art. 2698 c.c. che consente alle parti di stipulare convenzioni che possono incidere sul regime probatorio.

Secondo altra impostazione la regola di cui all'art. 2697 c.c. ha natura processuale in quanto, regola di giudizio indirizzata al giudice per consentire allo stesso di decidere la controversia quando al termine dell'istruttoria la ricostruzione dei fatti è dubbia o lacunosa¹⁹.

È da segnalare, poi, la posizione che qualifica la regola dell'onere della prova avente natura processuale ma con portata sostanziale²⁰. Tale ricostruzione appare condivisibile perché valorizza da un lato il carattere generale della regola di giudizio che necessita, tuttavia, al tempo stesso per determinare l'allocazione dell'onere della prova della norma di diritto sostanziale.

Non vi è dubbio, peraltro, che la qualificazione sostanziale o processuale della regola dell'onere della prova potrebbe comportare delle ricadute sia con riguardo alla determinazione della legge applicabile (quella in vigore all'epoca della costituzione del rapporto ovvero del processo) sia con riguardo all'individuazione del vizio da far valere in sede di legittimità

¹⁸ R. SACCO, *op.cit.*, pp. 420-421; S. PATTI, *op.cit.*, p. 92 ss. In giurisprudenza, sulla natura sostanziale dell'onere della prova V. Cass. 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, 627, con nota di Morelli; Cass., 9 agosto 1962, n. 2506, in *Foro it.*, 1962, I, c. 2014; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2751, in *Giust. civ.*, 2002, I; Cass., 18 marzo 2004, n. 5484, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., 28 marzo 2007, n. 7581 in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, in *Giur. it. Mass.*, 2009.

¹⁹ V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 260 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 675; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, cit., p. 241 ss.

²⁰ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 498, rileva che la norma in questione «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso (...). Ma il contenuto della regola stessa non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto del rapporto giuridico controverso».

(*error in iudicando* ovvero *error in procedendo*)²¹. Con riguardo a quest'ultimo profilo va tuttavia evidenziato che in realtà, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la violazione della disciplina dell'onere della prova si traduce in una violazione o falsa applicazione della norma di legge²². Da qui deriva che la sua violazione è denunciabile in cassazione quale *error in iudicando*.

In particolare, qualora si censuri un'erronea allocazione dell'onere probatorio la decisione sarà impugnabile per violazione della norma sostanziale e non dell'art. 2697 c.c. In altri termini, in queste ipotesi l'errata applicazione della regola di giudizio è il frutto di una non corretta interpretazione della norma sostanziale ovvero della qualificazione dei fatti allegati dalle parti, sicché il vizio sarà sempre di tipo sostanziale e non processuale. Mentre è ipotizzabile un *error in procedendo* quando il giudice pur qualificando correttamente i fatti compia un errore nell'applicazione della regola di giudizio²³.

Anche negli ordinamenti *common law* è incerta la natura della regola dell'onere della prova (c.d. *burden of proof*), da alcuni qualificata processuale²⁴, mentre da altri considerata «not a mere matter of procedure» poiché le parti possono determinare «the distribution of the burdens» nell'esercizio della loro libertà contrattuale²⁵.

Pertanto, nel sistema processuale civile inglese, manca una norma analoga all'art. 2697 c.c. e l'individuazione dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi è molto più duttile.

In particolare, sul punto viene in aiuto l'atto introduttivo del giudizio, lo *statement of case*²⁶ contenente il *claim* ossia l'atto di parte attrice (c.d. *claimant*).

In forza di quanto disposto dall'art. 16 delle *Civil Procedures Rules*, il *claimant* deve indicare i fatti che tradizionalmente costituiscono la c.d. *cause of action* nell'ordinamento giuridico inglese.

²¹ Sul tema v. l'approfondito esame di M. GARAVAGLIA, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1499 ss.

²² Cass., 15 marzo 2014, n. 6332, in *Pluris*; Cass., 18 marzo 2004, n. 5484, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., 4 marzo 2003, n. 3188, in *Guida dir.*, 2003.

²³ Cfr. E. BENIGNI, *op.cit.*, p. 90 ss. In senso contrario E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 128 ss. che così si è espresso «i vizi in parola, anche considerando come 'processuali' le disposizioni violate, incidono sul contenuto del giudizio di merito, rilevando per i loro riflessi sulla soluzione dei così detti 'sillogismi preparatori' sul fatto». Cfr. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esiti*, Milano, 2009, p. 252, nonché il recente lavoro di M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Milano, 2018, p. 135.

²⁴ J. FLEMING, *Burdens of proof*, in *Virginia L. Rev.*, 1951, p. 51 ss.

²⁵ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, London, 2013, p. 1017.

²⁶ N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, I, Cambridge, 2013, p. 100.

Come affermato da autorevole giurisprudenza inglese, si tratta di «(...) every fact which is material to be proved to entitle the plaintiff to succeed»²⁷ ovvero quei fatti che se provati sono idonei ad assicurare l'accoglimento della domanda dell'attore. Quindi, richiamando le parole di un Illustre Studioso «the claimant must state in the particulars of claim facts that establish a complete cause of action. The test is whether the facts relied upon would, if proved, entitle the claimant to the remedy he seeks, or possibly to a different remedy»²⁸.

Peraltro, non sussiste una specificazione dei fatti ma si parla genericamente di *facts in issue* o anche *material facts*, per indicare genericamente i fatti che l'attore deve provare per vedere accolta la sua domanda²⁹.

Con riguardo alla posizione del convenuto (c.d. *defendant*), i fatti giuridici che egli può allegare al fine di contrastare il perfezionamento della fattispecie costitutiva attivata dall'attore prendono il nome di «affirmative defences».

Va altresì rilevato che l'individuazione di quali fatti giuridici debbano essere considerati come essenziali della *cause of action* dell'attore o come *defense* del convenuto, è il frutto di un'elaborazione strettamente casistica.

Se ci spostiamo quindi ad analizzare il tema dell'onere della prova nel sistema processuale civile inglese esso appare molto articolato.

In linea di massima, la disciplina del c.d. *burden of proof* si sviluppa in ordine ai seguenti profili: quale parte perderà se il giudice non sarà persuaso dell'esistenza dei fatti in questione (c.d. *burden of persuasion*); quale parte deve produrre le prove a supporto dei fatti allegati (c.d. *burden of adducing evidence*); quale livello di prova è richiesto per persuadere il giudice sull'esistenza del fatto dedotto (i c.d. *standard of proof*)³⁰.

2. Lo studioso che si approccia all'esame dell'onere della prova nel *common law* inglese si rende subito conto che non si trova di fronte ad un unico onere della prova ma ad una pluralità, poiché la nozione di onere della prova viene utilizzata in svariati sensi. E sul punto sussiste anche una certa confusione terminologica³¹ in quanto il termine *burden of proof* viene usato per riferirsi a due nozioni che, come tra poco vedremo, sono distinte.

²⁷ *Cooke v. Gill* (1873) L.R. 3 C.P. 107, 116; *Letang v. Cooper* (1965) 1 QB 232, 242, che definisce altresì la *cause of action* "simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person".

²⁸ Così A. ZUCKERMAN, *op.cit.*, p. 298.

²⁹ Sul tema dei *facts in issue* v. I. I. DENNIS, *The law of evidence*, London, 2013, p. 6.

³⁰ Così si esprime A. ZUCKERMAN, *op. cit.*, p. 1015.

³¹ R. MUNDAY, *Evidence*, Oxford, 2016, p. 64.

In primis, va evidenziato che, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, la decisione si deve fondare sulle prove fornite dalle parti ed è stato osservato che «No judge likes to decide cases on burden of proof if he can legitimately avoid having to do so. There are cases, however, on which owing to unsatisfactory state of the evidence, or otherwise, deciding on the burden of proof is the only just cause for him to take»³².

Anche nel diritto processuale civile anglosassone, quando mancano le prove, non è consentito al giudice di rifiutare il giudizio: egli deve comunque giudicare sulla domanda proposta sia che disponga delle prove, sia che esse non siano state fornite.

Va osservato, poi, che nel *common law* la nozione di «burden of proof» è usata, come poc'anzi anticipato, in due differenti significati³³: il *burden of persuasion* e il *burden of adducing evidence*.

Il *burden of persuasion* o anche, *probative burden*, è definito come «The peculiar duty of him who has the risk of any given proposition on which parties are (...) who will lose the case if he does not make this proposition out, when all has been said and (...)»³⁴.

In altri termini, come nel nostro ordinamento, si tratta dell'onere della prova quale criterio di giudizio che viene in soccorso al giudice per pronunciare la decisione della controversia qualora al termine dell'istruttoria i fatti allegati risultino in tutto o in parte sforniti di prova³⁵.

Se la parte non assolve a tale onere sopporta il c.d. «risk of non-persuasion»³⁶ del giudice del fatto.

Peraltro, va segnalato che questo onere prende anche nomi diversi per dare enfasi alle sue caratteristiche³⁷, spesso viene anche chiamato «legal

³² *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds* [1985] 2 All ER 712, [1985] 1 WLR 948; *Pickford v. Imperial Chemical Industries Plc* [1998] 3 All ER 462 [1998] 1 WLR 1189; *Ireland Quinn v. Mid Western Health Board* [2005] IESC 19, [2005] 4 IR 1, [59].

³³ J. B. THAYER, *A preliminary Treatise on evidence on the common law*, Boston, 1898, p. 355.

³⁴ J. B. THAYER, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ R. GLOVER, *Murphy on evidence*, Oxford, 2017, p. 74 riporta le parole di Lord Hoffman in *Re B (Children) (Care Proceedings: standard of Proof)* CAFCASS Intervening [2009] 1 AC 11, [2] «If a legal rule requires a fact to be proved (a “fact in issue”) a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values zero and one. The fact either happened or it did not. If the tribunal is in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of zero is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it a value of one is returned and the fact is treated as having happened». Cfr. A. KEANE, P. MCKEOWN, *Modern law of evidence*, Oxford, 2016, p. 87.

³⁶ J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1940, p. 278 ss.

³⁷ V. I. DENNIS, *op.cit.*, p. 441.

burden», «persuasive burden», «probative burden» «fixed burden of proof»³⁸, o anche solo «burden of proof»³⁹.

Accanto a questo onere, l'ordinamento inglese conosce anche il c.d. «burden of adducing evidence» o «evidential burden»⁴⁰ o anche «the duty of passing the judge»⁴¹. Si tratta di quella particolare «(...) duty of going forward in argument or in producing evidence, whether at the beginning of case, or at any later moment throughout the trial or discussion»⁴².

Questo onere individua la parte che deve iniziare il giudizio introducendo le prove che le sono necessarie per dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti che ha allegato.

In questa prospettiva, tale onere stabilisce quale delle due parti, pur avendo allegato i fatti giuridici, sarà soccombente per aver sfornito di prova gli stessi.

Il *burden of adducing evidence* svolge, tradizionalmente, una particolare funzione di selezione iniziale estranea al nostro ordinamento: se la parte che ne è onerata non produce prove a sostegno dei fatti allegati può vedere rigettata direttamente la sua domanda senza giungere alla fase deputata all'accertamento del fatto⁴³.

Si tratta dell'onere di produrre prove potenzialmente sufficienti ad accertare i fatti allegati e si pone, dunque, in una fase antecedente al giudizio di fatto⁴⁴.

In altri termini, il giudice valuta in via preliminare se siano state o meno presentate prove a sostegno delle allegazioni fattuali e se le stesse, secondo una valutazione prognostica, siano idonee a determinare il convincimento del *tribunal of facts* circa la verità dei fatti⁴⁵.

Se l'esito di tale valutazione preventiva operata dal giudice è negativo, non ha senso procedere con il giudizio di fatto posto che lo stesso non si potrebbe svolgere poiché i fatti allegati sono in parte o del tutto sforniti di prova.

Il mancato assolvimento del *burden of adducing evidence* determinerebbe quindi l'arresto del giudizio e il rigetto immediato della domanda prima di giungere alla fase deputata all'accertamento del fatto. In questo modo, se

³⁸ N. BRIDGE, *Presumptions and burdens*, 1949, 12 M.L.R., p. 274.

³⁹ *Hill v. Baxter* [1958], 1 QB, 277, 284; *Bratty v. A-G for Northern Ireland* [1963] AC 286, 407.

⁴⁰ R. MUNDAY, *op.cit.*, p. 65; I. DENNIS, *op.cit.*, p. 441.

⁴¹ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1021.

⁴² J. B. THAYER, *op. cit.*, p. 313 ss.

⁴³ R. GLOVER, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁴ In tal senso A. KEANE, P. MCKEOWN, *op.cit.*, p. 89 affermano che «The burden is discharged when there is sufficient evidence to justify, as a possibility, a favourable finding by the tribunal of fact».

⁴⁵ J. H. WIGMORE, *op.cit.*, p. 294.

l'attore non ottempera all'onere di produrre prove a sostegno delle sue allegazioni fattuali, sarà necessariamente soccombente poiché il giudice non sottoporrà la controversia al *tribunal of facts*⁴⁶.

La parte gravata da questo particolare onere deve prima assolvere allo stesso e solo una volta superata questa fase preliminare di produzione istruttoria avrà modo di operare il *burden of persuasion* davanti al giudice del fatto⁴⁷.

Va altresì osservato che l'assolvimento dell'onere del *burden of adducing evidence* non comporta l'assolvimento automatico anche del *burden of persuasion*. Come più sopra evidenziato, anche in presenza di prove, il giudice del fatto potrebbe non avere raggiunto un convincimento.

La ragione e le origini di questa bipartizione dell'onere probatorio sono da ricercare nel *trial by jury*⁴⁸.

In particolare, tradizionalmente, mentre le questioni di diritto sono attribuite al giudice togato, alla giuria sono attribuite le questioni di fatto⁴⁹. Dunque, la giuria come *trier of fact* decide il fatto attraverso il verdetto ed il giudice togato ne trarrà le relative conseguenze giuridiche⁵⁰.

Da questa bipartizione dei *matters of fact* attribuiti alla giuria e dei *matters of law* attribuiti al giudice discende anche la distinzione dell'onere della prova nelle due nozioni più sopra esposte.

L'onere della prova nelle sue due accezioni si rivolge, quindi, a soggetti diversi.

In particolare, il *burden of persuasion* ha come destinatario il giudice del fatto ovvero la giuria. Giunti al termine della fase istruttoria, in caso di mancata prova delle circostanze di fatto allegate in giudizio, opera l'onere della prova quale regola di giudizio che consente all'organo deputato a decidere la controversia di giudicare anche in assenza di prove ovvero qualora le stesse non sia state «persuasive»⁵¹.

Mentre nel nostro ordinamento l'onere della prova come regola di giudizio si indirizza al giudice togato che è anche giudice del fatto, nel *trial by jury* si rivolge ai giurati.

Dovrà dunque prima essere assolto l'onere processuale di deduzione probatoria, e una volta esaurita la fase istruttoria, i giurati quali giudici del

⁴⁶ J. H. WIGMORE, *op.cit.*, p. 278.

⁴⁷ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, in Sime, French (a cura di), Oxford, 2019, p. 892.

⁴⁸ Cfr. L.P. COMOGGIO, *sub art. 2697*, in *Commentario del codice civile*, (diretto da) GABRIELLI, BONILINI-CHIZZINI (a cura di), Milano, 2016, pp. 302-303.

⁴⁹ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 183.

⁵⁰ M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ Cfr. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 258 nota 44.

fatto dovranno essere persuasi, sulla base delle prove assunte, dell'esistenza o meno del fatto.

In altri termini, il *burden of adducing evidence* ci dice «what should be left to trier of facts» mentre il *burden of persuasion* ci dice «how the issue should be decide»⁵².

Va poi osservato che con riguardo all'onere «of producing evidence» si parla spesso di «shifting»⁵³ nel senso che esso non è «fixed» ma mobile e, quindi, con l'effetto di transitare da una parte all'altra durante il corso del processo⁵⁴.

Nel momento in cui l'attore, generalmente gravato dell'onere di produrre per primo i mezzi di prova, ha assolto tale onere con prove sufficienti a far giungere la causa all'esame del *tribunal of fact*, il *burden of adducing evidence* passa al convenuto⁵⁵.

A questo punto si potranno aprire due strade.

Il convenuto potrebbe produrre prova contraria idonea a contrastare la prova attorea: essendo stato assolto da entrambe le parti l'onere preliminare la causa potrebbe giungere al tribunale del fatto.

Viceversa, il convenuto potrebbe, dal canto suo, produrre prove idonee a persuadere il tribunale del fatto e, dunque, tali da far transitare l'onere nuovamente in capo all'attore. Quest'ultimo si troverà così in una posizione assimilabile a quella del convenuto, e dunque potrebbe contrastare le prove addotte dal convenuto ovvero trasferire nuovamente il *burden of producing evidence* al convenuto⁵⁶.

Si parla in proposito anche di *tactical burden*, riferendosi al fatto che in un dato momento del processo l'onere di produrre prove appare assolto dalla parte su cui grava⁵⁷. Se tale parte sembra essere in grado di adempiere all'onere legale perché ha prodotto un certo quantitativo di prove, l'onere tattico si sposta sull'altra parte; l'altra parte deve produrre prove contrarie o correre il rischio di perdere su tale questione.

⁵² C. TAPPER, *Cross & Tapper on Evidence*, Oxford, 2010, p. 122.

⁵³ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 891 ss.

⁵⁴ ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, in *University Law Review* 1895, II, pp. 220-222.

⁵⁵ Cfr. A. KEANE, P. McKEOWN, *op.cit.*, p. 90 evidenziano che «This conjures up a vision of the trial as a ball-game, with the evidential burden as the ball, which is continuously bounced to and from between the contenders».

⁵⁶ Cfr. A. KEANE, P. McKEOWN, *op.loc.ult.cit.*, rilevano che «Where a party discharges an evidential burden borne by him in relation to a particular fact, his adversary will be under an obligation, referred to as provisional or tactical burden, to adduce counter-evidence in order to convince the tribunal of fact in his favour. If the chooses not to adduce such counter-evidence, he runs the risk of a finding on that issue in favour of the other party».

⁵⁷ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 485; A. KEANE, P. McKEOWN, *op. loc. ult. cit.*

Se la controparte fornisce tali prove, l'onere tattico può tornare alla parte su cui grava l'onere legale.

Questo passaggio del *burden of adducing evidence* da una parte all'altra prosegue fino a quando non si esauriscono le prove che possono essere prodotte dalle parti.

Lo *shifting* viene anche richiamato con riguardo alle c.d. *rebuttable presumption* vale a dire le presunzioni relative, per riferirsi al *burden of adducing evidence* gravante sulla parte che vuole confutare la presunzione⁵⁸.

Per riassumere la funzione preliminare svolta *burden of adducing evidence*, è possibile rilevare che se il giudice riputa sulla base di un giudizio prognostico che la prova presentata dalla parte su cui grava questo onere non sia idonea a fondare il convincimento del giudice del fatto non avendo alcuna forza persuasiva, può definire *in limine* la controversia decidendo in senso sfavorevole alla stessa. In tale eventualità il *burden of persuasion*, non giungendo la causa alla fase di accertamento del fatto, non avrà modo di operare.

Infine, con riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio nel sistema processuale civile inglese, si rileva che, in linea di massima, essa è determinata dalla legge, ovvero dall'accordo delle parti, ma soprattutto dal *case law*⁵⁹.

Con riguardo a tale ultima fonte si rileva che la regola generale è quella per cui «he who asserts must prove, not he who denies»⁶⁰.

Da ciò ne consegue che generalmente il *burden of adducing evidence* e il *burden of persuasion* gravano sulla medesima parte⁶¹.

È infatti il *claimant* che promuove l'azione ad allegare nella propria domanda i relativi *material facts*, rispetto ai quali, nel corso del giudizio, dovrà assolvere l'onere di produrre prove a sostegno degli stessi, nonché di convincere il giudice del fatto della loro esistenza⁶².

⁵⁸ R. GLOVER, *op.cit.*, p. 78; A. KEANE, P. McKEOWN, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ A. ZUCKERMAN, *On civil procedure*, cit., p. 1020; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 893.

⁶⁰ *Josephine Constantine Steamship Ltd v. Imperial Smelting Corp* [1942] AC 154, 174. V. anche N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, cit., p. 385; A. KEANE, P. McKEOWN, *op.cit.*, p. 106.

⁶¹ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 895.

⁶² AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 892 rileva che «(...) a claimant who bears the evidential burden and legal burden on a particular issue, and fails to discharge the evidential burden, necessarily fails on the issue, since the judge will refuse to let the issue go before the tribunal of fact. However, discharge of the evidential burden will not necessarily result in discharge of the legal burden: the issue goes to the tribunal of fact, which may or may not find in favour of claimant, although a defendant who adduces no evidence in rebuttal clearly runs the risk of losing on the issue».

Lo stesso vale per il convenuto, il quale, qualora non si limiti a contestare quanto dedotto dall'attore, dovrà allegare in giudizio fatti idonei a contrastare i fatti su cui si fonda la domanda (c.d. *affirmative defence*)⁶³, rispetto ai quali sarà gravato sia del *burden of adducing evidence* sia del *burden of persuasion*⁶⁴.

Nel sistema processuale civile inglese manca dunque una categorizzazione dei fatti giuridici come individuata, nel nostro ordinamento, dall'art. 2697 c.c.: tali fatti sono, da un lato, individuati dalle parti nei rispettivi atti quali elementi necessari della *cause of action* o della *defence*, e, dall'altro, dal giudice al momento della decisione anche in ordine alla distribuzione dell'onere della prova.

Al tempo stesso, non si può fare a meno di osservare che l'art. 2697 c.c. non fa altro che configurare le categorie generali dei fatti costitutivi e dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, riservando al giudice il problema classificatorio di stabilire, caso per caso, se un fatto appartenga alla categoria dei fatti costitutivi o a quella dei fatti impeditivi⁶⁵.

L'art. 2697 c.c. che come già ricordato costituisce in realtà una norma in bianco che non offre alcun effettivo criterio per stabilire quali siano i fatti costitutivi e/o impeditivi modificativi, lasciando quindi al giudice il compito di individuare la soluzione più corretta nel caso concreto. In sostanza,

⁶³ R. GLOVER, *op.cit.*, p. 79.

⁶⁴ R. GLOVER, *ivi*, rileva che «(...) if the defendant asserts defence which goes beyond a mere denial (...) the defendant must assume the legal burden of proving such defence».

⁶⁵ Sul tema dell'individuazione dei fatti V. A. FALZEA, voce «Efficacia giuridica», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1966, p. 490 ss.; *Id.*, voce «Fatto giuridico», *ivi*, XVI, 1967, p. 947, rileva che «(...) in riferimento ad una situazione base, che è la situazione giuridica di libertà, si considera: costitutivo il fatto che porta il mondo giuridico da una situazione generica di libertà a una situazione specificamente rilevante (potere o dovere); estintivo il fatto opposto, che muovendo da una situazione specificamente rilevante dia luogo a una situazione di libertà; modificativo, infine, il fatto che da una situazione specificamente rilevante faccia passare ad altra situazione anch'essa specificamente rilevante. Questa classificazione chiaramente ha riguardo tanto alla situazione precedente che alla situazione successiva, anzi è fondata sul loro confronto. Essa è stata utilizzata soprattutto nel diritto processuale civile per spiegare il regime delle eccezioni, dell'onere della prova, dei poteri del giudice, ma i processualisti hanno anch'essi alterato il criterio di classificazione quando, per spiegare coerentemente quel regime, hanno costruito la figura del fatto impeditivo che appartiene a tutt'altro ordine di concetti giuridici, impegnando il problema del diverso peso degli elementi del fatto causante nella produzione dell'effetto giuridico». Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1940, p. 5 ss. rileva che «La categoria dei fatti impeditivi non può dunque intendersi se non si considerando le circostanze necessarie al sorgere d'un diritto, raggruppate nelle due categorie di cause efficienti (fatti costitutivi) e cause concorrenti (la cui mancanza è fatto impeditivo)». V. G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 179 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 283-285.

quindi, la qualificazione dei fatti operata in via giurisprudenziale va concretamente ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova.

È stato osservato che esistono «classi o tipi o forme di tutela giurisdizionale, nelle quali il canone dell'art. 2697 è del tutto o quasi del tutto privo di significato. Si pensi ai casi nei quali la ripartizione degli oneri probatori riguarda fattispecie processuali, o ai casi in cui manchino precise norme di diritto da applicare ovvero a quelli rispetto ai quali i giudici rivendicano a sé una funzione non meramente sostitutiva, ma autonomamente creativa di autentici beni giuridici»⁶⁶.

Spesso il giudice è chiamato ad intervenire sulla ripartizione dell'onere probatorio al fine di adattarlo alla varietà delle fattispecie concrete che gli sono sottoposte⁶⁷. In altri termini, l'allocazione dell'onere della prova come ricostruita dalla giurisprudenza tiene conto di vari fattori quali, ad esempio, la posizione della parte processualmente svantaggiata ovvero la difficoltà di reperire mezzi di prova⁶⁸. Si pensi, in proposito, all'elaborazione del principio di vicinanza della prova secondo cui l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare⁶⁹.

Anche nel sistema processuale civile inglese il giudice, sicuramente con più vigore, stabilisce l'allocazione dell'onere della prova tra le parti e lo fa comunque sempre sulla base del diritto sostanziale e di scelte di convenienza sociale. Il *case law* costituisce, infatti, norma giuridica dell'ordinamento e quindi la ripartizione dell'onere della prova può rappresentare uno efficace strumento per realizzare strategie di politica sociale e legislativa.

⁶⁶ G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 158 ss.

⁶⁷ Sulle presunzioni giurisprudenziali V. G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.

⁶⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 228 rileva che molto spesso la norma distribuzione dell'onere della prova subisce deroghe per svariate ragioni «Talvolta si tratta di rendere più agevole la tutela dei diritti di soggetti che vengono considerati come particolarmente 'deboli' e, che si troverebbero in grave difficoltà - o addirittura nell'impossibilità - di fornire la prova dei fatti su cui si fondano le loro pretese; altre volte emerge l'esigenza di far sì che a fornire la prova sia la parte che ne è in possesso o che può procurarsela più facilmente; altre volte ancora si avverte l'esigenza di riequilibrare - all'interno del processo - situazioni caratterizzate da una rilevante differenza di possibilità difensive esistente tra le parti».

⁶⁹ Sul principio della vicinanza della prova, Cfr. G.F. RICCI, *op.cit.*, p. 341 ss.; C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss.; F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 911 ss.

3. – Dopo aver tracciato i caratteri distintivi delle due principali accezioni del *burden of proof*, è necessario soffermarsi brevemente sui c.d. «standard of proof», ovvero sul grado di convincimento che deve essere raggiunto dal giudice del fatto per reputare che la parte abbia assolto l'onere della prova di cui era gravata⁷⁰.

Va, in primo luogo, osservato che il tema degli *standard* probatori riguarda entrambi i concetti di onere probatorio.

In particolare, con riguardo al *burden of adducing evidence*, lo *standard of proof* si riferisce alla nozione di c.d. *prima facie evidence*.

In altri termini, il *burden of adducing evidence* è assolto nel caso in cui la prova introdotta dalla parte che ne era onerata possa qualificarsi come una prova «prima facie» idonea a fondare il convincimento del *tribunal of facts*⁷¹: si anticipa, quindi, il giudizio di fatto in via provvisoria allo scopo di valutare se la prova offerta sia idonea astrattamente a persuadere il giudice del fatto circa l'esistenza del fatto che tende a provare⁷².

Con riguardo invece al *burden of persuasion*, lo *standard of proof* viene in rilievo al termine della fase istruttoria quando le prove sono state acquisite e indica il *quantum* di prove necessarie affinché il giudice del fatto possa essere persuaso dell'esistenza o meno dei fatti allegati dalle parti in giudizio.

Il *common law* inglese conosce solo due *standard* probatori⁷³: *balance of probabilities* e *beyond any reasonable doubt*⁷⁴.

Ciò emerge chiaramente in *R (on the application of D) v. Life Sentence Review Comrs (Northern Ireland)* in cui si legge «It is indisputable that only two standards are recognized by the common law, proof on the balance of probabilities and proof beyond reasonable doubt»⁷⁵, seguita poi da altre pronunce che hanno affermato che nel sistema processuale civile inglese, tranne casi particolari, l'unico *standard* probatorio è quello della «balance of probabilities»⁷⁶.

⁷⁰ Sul tema degli *standard of proof* V. J. H. WIGMORE, *Evidence*, op.cit., p. 316 ss.; N. H. ANDREWS, op.cit., p. 386 ss.; A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1019 ss.; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 895.

⁷¹ Sulla nozione di prova *prima facie* si vedano J. H. WIGMORE, op. cit., 293 ss.; ABBOTT, op.cit., p. 221 ss.; R. GLOVER, op.cit., p. 84.

⁷² Cfr. ABBOTT, op.cit., pp. 221-222.

⁷³ Sugli *standard* di prova nel nostro ordinamento, V. il recente saggio di R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2517.

⁷⁴ A. ZUCKERMAN, op. loc. ult. civ.; N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, cit., p. 386; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, op. loc. ult. cit.

⁷⁵ *R (on the application of D) v. Life Sentence Review Comrs (Northern Ireland)* [2008] UKHL 33, 2008.

⁷⁶ *Birmingham CC v. Shafi* (2008) EWCA Civ 1186.

In particolare, nei procedimenti civili si applica lo *standard* probatorio del *balance of probabilities*⁷⁷: sulla base di un esame probabilistico tale onere si deve reputare assolto qualora l'esistenza di quel fatto potrà considerarsi probabilmente vera, ovvero *more probable than not*⁷⁸. Diversamente, dunque, dal nostro ordinamento in cui il principio della libera apprezzabilità da parte del giudice delle prove sancito dall'art. 116 c.p.c. incontra dei limiti nei casi delle c.d. prove legali che vincolano il giudice al loro risultato probatorio⁷⁹, nel *common law* non esistano prove di questo tipo.

Si segnala da ultimo, che esistono, tuttavia, delle ipotesi eccezionali in cui anche nei procedimenti civili si richiama lo *standard* probatorio tipico del procedimento penale ovvero quello del «beyond any reasonable doubt» («oltre ogni ragionevole dubbio»). Si pensi, ad esempio, ai procedimenti civili di *contempt of court*⁸⁰.

4. – Giunti al termine di questa analisi, è possibile osservare che il *burden of proof* nelle due accezioni come più sopra descritte, pare richiamare quella dottrina italiana che distingue tra onere della prova in senso oggettivo e in senso soggettivo⁸¹.

Si tratta di una ripartizione che attiene al momento processuale in cui l'onere della prova viene in rilievo.

Dunque, secondo questo approccio, è possibile distinguere tra l'onere formale ossia quello di introdurre i mezzi di prova nel processo, e l'onere sostanziale, ossia l'onere di dimostrare il fatto, persuadendo il giudice della sua esistenza.

Il *burden of adducing evidence* corrisponde, dunque, all'onere della prova in senso soggettivo volto ad individuare quale parte, nel corso del processo, è chiamata a fornire la prova di un certo fatto.

Così inteso l'onere della prova esprime la regola che attiene alla provenienza delle deduzioni istruttorie, indicando quali fatti ciascuna parte deve provare per evitare la soccombenza.

L'onere della prova in senso oggettivo richiama, invece, il *risk of non persuasion* che viene in rilievo nel momento della decisione al termine della fase istruttoria, quando sono già state espletate tutte le attività probatorie.

Si tratta di un onere che opera quando sussiste un dubbio sull'accertamento del fatto e che individua quale parte subirà le conseguenze

⁷⁷ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1019.

⁷⁸ R. MUNDAY, *op.cit.*, p. 65; R. GLOVER, *op.cit.*, p. 80.

⁷⁹ C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 611 ss.

⁸⁰ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 895.

⁸¹ G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 107 ss. In senso critico sulla distinzione V. M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 72 ss.

negative della mancata persuasione del giudice in ordine all'esistenza di quel fatto.

Dunque, solo quando il fatto rilevante non risulta provato entra in gioco la regola dell'onere della prova come regola di giudizio per individuare la parte che subirà il rischio della non persuasione del giudice ovvero del suo mancato convincimento in ordine a quel fatto.

Al contrario, qualora le prove assunte siano idonee a «persuadere» il giudice circa l'esistenza dei fatti giuridicamente rilevanti, l'onere della prova inteso come regola di giudizio non ha ragione di operare e la controversia viene decisa applicando la disciplina sostanziale della fattispecie.

Il *burden of persuasion* come l'onere della prova in senso oggettivo si riferisce dunque al mancato convincimento del giudice individuando la parte che sopporterà il *risk of non persuasion*.

Come evidenziato, questa distinzione trova la propria origine storica nei procedimenti in cui è presente la giuria⁸².

In tali giudizi che, come detto, sono caratterizzati dalla compresenza di due organi – il giudice togato e la giuria – vi è l'esigenza primaria di determinare se le parti abbiano prodotto prove sufficienti a sostegno della fondatezza delle loro domande ed eccezioni.

La parte che non ha assolto l'onere processuale di deduzione probatoria, soccomberà immediatamente e il caso non verrà sottoposto alla giuria.

Se volgiamo lo sguardo al nostro ordinamento ci accorgiamo che l'onere della prova in senso oggettivo inteso come onere delle parti di dedurre mezzi probatori nel corso del processo non ha una autonoma valenza.

In particolare, lo svolgimento del processo non è condizionato dalle deduzioni istruttorie di parte, esso giunge alla decisione finale indipendentemente dal fatto che le parti producano o meno prove in relazione ai fatti allegati.

Nel nostro sistema processuale l'onere della prova inteso come onere di iniziativa probatoria non influenza il corso del processo: non è infatti ipotizzabile una chiusura anticipata dello stesso qualora la parte che ne era onerata non abbia prodotto prove sufficienti.

È chiaro che la parte su cui grava il suddetto onere ha interesse a procurarsi le prove al fine di dimostrare l'esistenza dei fatti che ha allegato, poiché qualora non lo ottemperi, con ogni probabilità, è destinata a soccombere.

⁸² Cfr. L.P. COMOGLIO, *sub* art. 2697, cit., pp. 302-303.

Su di essa grava, in altri termini, il rischio della mancata prova: la mancata produzione di prove sufficienti a sostegno delle allegazioni di fatto non determina il rigetto automatico della domanda ma comporta un aumento del rischio che ciò si possa realizzare⁸³.

In proposito, è stato osservato come la regola dell'onere della prova svolga una funzione epistemica essa infatti «(...) mira anzitutto a imporre a chi ha allegato un fatto l'onere di dimostrare con prove che quel fatto si è davvero verificato»⁸⁴. Dunque, induce la parte a fornire la prova del fatto al fine di giungere all'accertamento della verità e qualora ciò non si realizzi la regola di giudizio consente di assumere comunque una decisione⁸⁵.

Il mancato assolvimento dell'onere della prova rileva solo nella fase di decisione e non in una fase preliminare.

Quindi, nel momento finale della deliberazione, nel caso in cui il fatto sia rimasto incerto, opera l'onere della prova come regola di giudizio ovvero come criterio che consente al giudice di attribuire alla parte che ne era gravata il rischio della mancata prova.

Mentre nella fase precedente alla decisione, non ha alcun autonomo rilievo l'onere della prova.

L'onere della prova in senso soggettivo presuppone, dunque, un legame esclusivo tra ogni parte e i fatti che ha l'onere di provare e ciò è estraneo al nostro ordinamento⁸⁶.

Da un lato, esistono dei poteri di iniziativa istruttoria esercitati dal giudice *ex officio* con l'effetto che se un fatto risulta provato per effetto delle iniziative probatorie svolte dal giudice, non sarà soccombente la parte che aveva l'onere di provarlo e che pure non ha soddisfatto questo onere.

Dall'altro, bisogna considerare che nel nostro ordinamento vige il cosiddetto principio di acquisizione processuale⁸⁷, secondo il quale la prova da chiunque ottenuta, una volta che sia stata ritualmente acquisita agli atti concorre alla formazione del convincimento del giudice⁸⁸.

Ciò testimonia che in sede di decisione il giudice valuta tutte le prove acquisite a prescindere dalla loro provenienza. È dunque irrilevante la provenienza soggettiva del materiale probatorio in quanto ogni prova acquisita in giudizio è idonea concorrere all'accertamento del fatto a prescindere dal soggetto che l'abbia concretamente introdotta.

⁸³ R. SACCO, *op.cit.*, p. 402.

⁸⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 228.

⁸⁵ M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁶ M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 69 ss.

⁸⁷ V. sul punto L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 295 ss.

⁸⁸ V. i richiami giurisprudenziali di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 295 ss. spec. nota 16.

Non è dunque immaginabile che il giudice possa dichiarare soccombente una parte se il fatto che essa aveva l'onere di provare risulta comunque provato, anche se non per effetto delle iniziative processuali della stessa.

L'accento si deve spostare, come è stato osservato «dalla attività di prova, esplicita dalle parti, alla attività di giudizio dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che la prima perde il proprio carattere di condizione necessaria e sufficiente per il conseguimento di una decisione favorevole»⁸⁹.

A questo punto, merita evidenziare tuttavia che nel sistema processuale civile inglese, oggi, la presenza della giuria è limitata a procedimenti penali particolarmente gravi (per esempio, omicidio, stupro e rapina a mano armata) e in campo civile ai casi di diffamazione⁹⁰ o di cattiva condotta della polizia⁹¹.

Si tratta, quindi, di comprendere se la scomparsa della giuria⁹² possa comportare una rimediazione dell'onere della prova nelle due accezioni più sopra illustrate⁹³.

Nei *non-jury trials*, si concentra nel giudice togato sia la funzione di giudice del fatto che del giudice del diritto, dunque la funzione preliminare del *burden of adducing evidence* non parrebbe avere ancora ragione di essere.

Si verifica, dunque, una fusione delle funzioni in un unico organo simile ai casi nei quali nel nostro ordinamento il giudice decide in composizione monocratica, assolvendo sia la funzione di giudice istruttore che di collegio giudicante⁹⁴.

⁸⁹ G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 57 ss. ha osservato infatti che «(...) è necessario porre in evidenza come la regola dell'onere della prova si sia venuta trasformando da regola di prova legale in regola di giudizio, sempre conservando il dovere di pronunciare in ogni caso, anche in situazioni di dubbio».

⁹⁰ Però anche in questo caso è possibile il giudizio con il giudice unico, v. *Fiddes v. Channel Four Television Corp* [2010] EWCA Civ 730.

⁹¹ N. H. ANDREWS, *On civil processes*, cit., p. 383, evidenzia come in Scozia il processo con giuria è ancora previsto per le cause di lesioni personali.

⁹² Sul declino della giuria popolare negli ordinamenti di *common law* v. M. R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Milano, 2003, p. 182 ss., la quale osserva «nei dibattimenti senza giuria tutte le regole probatorie che si collegano alla suddivisione della corte in due corpi distinti perdono un importante punto di appoggio».

⁹³ N. H. ANDREWS, *English civil procedure*, Oxford, p. 718 rileva che «Whereas in England, such of the technical analysis which was generated by the former system of civil jury trial has become anachronistic because, nowadays, nearly every trial is heard by a professional judge without a jury».

⁹⁴ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006, pp. 289- 290 rileva che «mentre il legislatore del 1940 aveva risolto il dilemma tra giudice unico e giudice collegiale nel senso di attribuire a due diversi organi (il giudice istruttore e il collegio) le due attività fondamentali della cognizione (l'istruzione e la decisione), la L. 353/1990 ha mantenuto questa soluzione solo per le cause ora elencate nel nuovo art. 50 *bis* del codice (...) preferendo, per le altre cause, la soluzione imperniata

Tuttavia, la scomparsa della giuria non ha portato ad un ripensamento della teoria della bipartizione dell'onere della prova.

Le regole sull'allocazione dell'onere della prova pare siano rimaste invariate: la parte onerata del *burden of adducing evidence* per evitare un rigetto immediato della domanda dovrà produrre prove sufficienti a giustificare il giudizio sul fatto che si svolgerà sempre innanzi al medesimo giudice che dovrà poi essere persuaso circa la verità dei fatti.

Va, infatti, evidenziato che anche nel giudizio senza giuria nelle prime fasi processuali⁹⁵ il giudice può rigettare immediatamente la domanda qualora la stessa sia priva di un ragionevole fondamento ovvero priva di *cause of action*⁹⁶ e della relativa prova.

In particolare, la corte può, su istanza di parte, nel caso in cui dall'atto introduttivo si evinca che la domanda non è ragionevolmente fondata, stralciare l'atto (c.d. «strike out»). Come evidenziato dalla dottrina inglese non sussiste «justification for investing court and litigant resources in following the pre-trial and trial process where the outcome is a foregone conclusion»⁹⁷. Se, dunque, la domanda è priva di un ragionevole fondamento è possibile definire *in limine* la causa⁹⁸.

È riconosciuta, inoltre, al convenuto anche la possibilità di proporre al giudice un'istanza c.d. di «submission no case to answer», per dedurre che il *claimant* non ha illustrato il caso in maniera sufficiente e chiedere al giudice di decidere a suo sfavore⁹⁹.

Da ultimo, non si può fare a meno di osservare in ogni caso che in tutte le ipotesi in cui vi è un giudice unico che decide la causa¹⁰⁰, sia nell'ambito del *common law* che del *civil law*, nel momento in cui egli è chiamato a

sull'assunzione delle funzioni decisorie da parte del giudice istruttore in funzione di giudice monocratico».

⁹⁵ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 374.

⁹⁶ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 556; A. ZUCKERMAN, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁷ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 373.

⁹⁸ Cfr. AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 891 ss.

⁹⁹ A. ZUCKERMAN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁰ Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, pp. 124-125 evidenzia che «la scelta a favore del giudice monocratico è giustificata dal rilievo diffuso secondo cui – nell'impossibilità di istituire la collegialità piena per tutti i giudizi di primo grado – la monocraticità è la condizione per attuare l'identità fra giudice che assume la prova e giudice che decide la causa, la divaricazione dei quali, nell'attuale procedimento innanzi al tribunale, sta alla base di una catena di effetti la cui negatività (tanto in termini culturali che in termini di efficienza organizzativa) è sottolineata dalla più sensibile dottrina processualistica' (così il parere del Consiglio superiore della magistratura del maggio 1988); ed ancora dal rilievo secondo cui, una volta deciso di introdurre un modello di processo concentrato, diveniva scelta pressoché obbligata quella di attribuire, anche nella maggioranza dei processi di competenza del tribunale, alla stessa persona fisica la gestione non solo della fase preparatoria ed istruttoria, ma anche della fase decisoria»

vagliare le allegazioni di parte e a decidere sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, non fa altro che anticipare in via ipotetica il giudizio del fatto¹⁰¹.

In altri termini, si può ritenere che il giudice nel formulare il giudizio di rilevanza anticipi gli effetti che nel successivo giudizio di fatto potrà trarre dal risultato della prova di cui è chiesta l'ammissione, qualora la prova non fallisca e sia ritenuta attendibile¹⁰². Il giudice deve, quindi, operare un confronto tra il giudizio relativo al fatto su cui verte la prova e quello relativo al fatto che deve essere provato: da qui discende che è rilevante la prova che tenda a dimostrare la coincidenza tra i due giudizi. Così ragionando, la prova dovrà essere ammessa se appare che il suo risultato potrà essere utile all'accertamento del *factum probandum*, mentre dovrà essere esclusa se tale utilità non emerge. In altri termini, è possibile affermare che il ragionamento che conduce il giudice a rigettare un'istanza istruttoria sia sostanzialmente analogo a quello con cui in sede di decisione elimina le ipotesi fattuali che si pongono in contrasto con le risultanze probatorie acquisite.

Nella fase deputata all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, quindi, il giudice anticipa il giudizio di fatto perché ciò gli consente di decidere sull'istanze istruttorie.

Ciò si verifica anche nei *trial by jury*, in cui il *burden of adducing evidence* conduce il giudice a valutare se le prove prodotte in giudizio siano idonee a persuadere la giuria e così facendo anticipa, in un certo senso, la decisione sul fatto che è invece alla stessa attribuita.

In modo analogo, nel nostro ordinamento, nel momento in cui il giudice compie il giudizio di ammissibilità e di rilevanza, svolge in via ipotetica un giudizio di fatto su quanto allegato dalle parti.

In forza del noto brocardo latino *frustra probatur quod probatur non relevat*, il giudizio di rilevanza si traduce in un'operazione logica ed ipotetica che compie il giudice in via anticipata, valutando se quel determinato mezzo di prova dedotto dalla parte sia idoneo o meno a dimostrare l'esistenza dei fatti allegati in giudizio.

In conclusione, quando si tratta di decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle istanze istruttorie il giudice anticipa «provvisoriamente» il

¹⁰¹ V. A. PROTO PISANI, *op.cit.*, p. 409 sottolinea che «si suol dire che il giudizio di rilevanza ha sempre una 'intrinseca decisorietà', in quanto in esso il giudice è chiamato ad anticipare, in un provvedimento avente forma di ordinanza (...), quell'attività logica di individuazione ed interpretazione della norma che dovrà poi ripetere al momento della decisione della causa».

¹⁰² Così V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 273 ss.

giudizio di fatto e non vi è dubbio che ammettere o meno un mezzo di prova può già implicare in tutto o in parte la decisione della lite¹⁰³.

Per stabilire se una prova sia o meno rilevante, il giudice deve «immaginare il possibile contenuto del giudizio ipotizzando l'esito positivo della prova»¹⁰⁴.

Questo giudizio anticipato e ipotetico rimane tale solo se l'accertamento del fatto, al termine della fase istruttoria, venga compiuto da un organo diverso da quello che ha formulato il primo.

Nel nostro ordinamento ciò si verifica nelle cause elencate dall'art. 50-bis c.p.c. affidate alla competenza del tribunale in composizione collegiale.

Qui, analogamente a quanto avviene nei *trial by jury*, il giudice istruttore ha il potere di decidere in via provvisoria le questioni di ammissibilità e rilevanza della prova e di svolgere anche l'istruttoria. Al collegio, poi, è riservato il potere decisorio vero e proprio che può giungere anche ad una diversa decisione definitiva che andrà a sostituirsi a quella provvisoria, ad esempio sostituendo una pronuncia di rigetto ad una precedente di ammissione del mezzo di prova¹⁰⁵.

Quando, invece, il giudice è unico quel giudizio provvisorio sul fatto condotto in sede di ammissione delle istanze istruttorie con tutta probabilità si stabilizzerà nel giudizio definitivo. In altri termini, una volta conclusa l'istruttoria è poco realistico pensare che il giudice unico riveda il suo giudizio sconfessando quanto già statuito in sede di ammissione delle prove¹⁰⁶.

E ciò comporta, altresì, che gli eventuali errori commessi dal giudice durante il vaglio di ammissibilità e rilevanza difficilmente potranno essere rimeditati e rimediati in sede di decisione.

Come noto, il nostro ordinamento all'art. 178 c.p.c., nella sua previgente formulazione, prevedeva lo strumento del reclamo avverso le ordinanze del giudice istruttore relative all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova¹⁰⁷. Il giudice istruttore, inoltre, poteva ottenere analogo riesame in forza dell'art. 187, comma 4, c.p.c., effettuando la rimessione anticipata al collegio per la sola decisione immediata sull'ammissione delle prove.

¹⁰³ C. MANDRIOLI, *op.cit.*, p. 109. In proposito è stato osservato che il giudice deve procedere «secondo una duplice valutazione: preventiva, di influenza, successiva, di risultato», in tal senso v. S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 381.

¹⁰⁴ C. MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ C. MANDRIOLI, *op.cit.*, p. 110.

¹⁰⁶ C. MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*, con riguardo alle cause che sono decise dal giudice monocratico parla di «ipotesi-limite di un ripensamento, sempre possibile, ancorché poco probabile».

¹⁰⁷ Sul reclamo v. G. GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, *passim*.

Dunque, per effetto del reclamo di parte, ovvero su impulso del giudice istruttore, era possibile investire immediatamente il collegio delle questioni istruttorie, evitando, così, l'inconveniente di dover attendere la fine del processo, e consentendo, al tempo stesso, un immediato controllo sull'operato del giudice.

Il reclamo, ovviamente, sospendeva l'esecuzione dell'ordinanza istruttoria.

La riforma del 1990 ha eliminato il reclamo istruttorio, lasciando solo la possibilità del reclamo contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione del giudizio del giudice istruttore quando non operi come giudice unico.

Oggi, quindi, le parti non hanno più a disposizione tale strumento per contrastare *ex ante* il provvedimento istruttorio.

Dall'indagine comparatistica sin qui svolta, ed anche da queste ultime considerazioni, mi pare emerga che forse era più equilibrato e garantista il dispositivo previsto dal previgente art. 178 c.p.c.¹⁰⁸, simile a quello vigente nel sistema inglese, che non il sistema attuale, posto che, come si è evidenziato, in esso le parti corrono il concreto rischio che nei procedimenti davanti al giudice unico il giudizio «provvisorio» reso sull'ammissibilità e rilevanza della prova - nella sostanza un'anticipazione del giudizio di fatto - si stabilizzi sino al giudizio d'appello con grave compromissione del diritto di difesa.

Vi è dunque da chiedersi se non sarebbe opportuno ripristinare nel processo civile italiano un dispositivo analogo al previgente art. 178 c.p.c., che permetta un controllo immediato sulle ordinanze istruttorie, come in effetti qualcuno ha già da tempo proposto¹⁰⁹.

Abstract

NOTES ON THE BURDEN OF PROOF IN ENGLISH CIVIL PROCEDURE

Nell'ordinamento italiano, come nella gran parte degli ordinamenti occidentali, non essendo ipotizzabile una pronuncia di *non liquet*, la regola di giudizio fondata sull'onere della prova viene in soccorso del giudice quando l'accertamento del fatto, all'esito dell'istruttoria, è rimasto incerto.

¹⁰⁸ F. CIPRIANI, *Sull'abrogazione del reclamo al collegio*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 11.

¹⁰⁹ In questo senso v. F. CIPRIANI, *op.cit.*, c. 13 rileva che «(...) l'impugnabilità, che è garanzia di civiltà. Alle parti interessa poco che il giudice provveda sulle prove con ordinanza, con sentenza o con decreto; interessa molto, invece, il regime al quale è assoggettato il provvedimento. E poiché, come ho già detto l'impugnabilità immediata previene gli abusi e assicura il controllo (quel che è accaduto a proposito della sospensione necessaria *ex art.* 295 c. p. c. dovrebbe esserci di ammonimento...), non par dubbio che, prevedendola, lungi dall'incorrere in un'eresia, si dimostra soltanto di credere nel garantismo». In senso conforme v. anche A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 330.

Dal punto di vista comparatistico, per il giurista interno lo studio dell'onere della prova nel *common law* inglese nelle due accezioni di *burden of persuasion* e di *burden of adducing evidence* è stimolo di riflessione e approfondimento per l'analisi dell'onere della prova così come disciplinato dall'art. 2697 c.c.

In our legal system, as in most Western legal systems, judges cannot make a non-liquet verdict. Consequently, the standard of judgment based on the burden of proof comes to the judge's aid when, following the preparatory stage of the proceedings, the merits of the case are still uncertain and not proven.

Examining the burden of proof in English common law, intended both as burden of persuasion and burden of adducing evidence, provides food for thought and leads to an in-depth analysis, from a comparative perspective, of the burden of proof as regulated by article 2697 of the Italian Civil Code.
