



MATTEO ZAMBELLI

L'onere della prova come chiave di lettura del processo civile inglese e statunitense

L'istituto dell'onere della prova costituisce un elemento processuale profondamente radicato nella cultura giuridica occidentale. Nei sistemi di common law, il "burden of proof" è un concetto flessibile che si adatta al contesto processuale distribuendo il carico probatorio tra le parti. Esso si divide in "legal burden" e "evidential burden". Il primo riguarda la dimostrazione dei fatti secondo uno standard probatorio richiesto, mentre il secondo concerne l'obbligo di presentare prove sufficienti a supporto dei fatti allegati. Questa distinzione ha origini storiche, legate alla presenza della giuria nei procedimenti civili inglesi, un elemento ancora rilevante nel sistema statunitense.

Questo contributo si propone di esaminare il ruolo dell'onere della prova nei processi civili inglesi e statunitensi (federali) rappresentando una chiave interpretativa essenziale per comprenderne la dinamica processuale, il ruolo e la funzione dell'organo giudicante e delle parti.

The notion of burden of proof is a deeply rooted procedural element within Western legal culture. In common law systems, the burden of proof is a flexible device which can develop and adapt within the trial' setting by allocating the evidentiary burden among the parties. Burden of proof comprises two elements: "legal burden" and "evidential burden." The former, in relation to a matter, means the burden of proving the existence of the matter according to a required evidentiary standard, while the latter relates to the burden of adducing or pointing to evidence to support the facts alleged. This distinction has historical origins, connected with the presence of the jury in English civil proceedings, an element still relevant in the U.S. system.

This paper aims to examine the role of the burden of proof in English and U.S. (federal) civil trials which constitute a prism to examine their procedural dynamics, the role and the function of the judge or juries and the parties.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le presunzioni e l'inversione dell'onere della prova – 3. Applicazione dell'onere della prova – 4. Il procedimento nella Commercial Court inglese – 4.1 Case management conference – 4.2 Witness statement ed expert report – 4.3 Pre-trial review – 4.4 Dibattimento - Trial – 5. Il processo civile (federale) statunitense – 5.1 Discovery – 5.3 Depositions – 5.4 Pre-trial conference – 5.5 Giuria – 5.6 L'esame testimoniale – 6. Conclusioni

1. Introduzione

L'istituto dell'onere della prova è tanto risalente da risultare un elemento profondamente radicato nella cultura giuridica occidentale. Già nel Digesto giustiniano (principio ribadito ancor prima nel *Codex Theodosianus* dall'imperatore Costanzo) è rinvenibile il noto brocardo:

*“ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat”*¹ Tale massima esprime in maniera lapidaria il concetto di onere: la situazione giuridica soggettiva di colui che è tenuto a un determinato comportamento nel proprio interesse, giacché laddove non lo ponga in essere non si concretizzerà un effetto giuridico a lui favorevole.

Invero, nel nostro ordinamento ove il giudice adito sia in possesso di prove adeguatamente idonee a determinare la veridicità degli eventi significativi relativi alla fattispecie concreta, la questione di fatto viene risolta in base agli elementi probatori acquisiti. Tuttavia, può verificarsi che la rappresentazione dei fatti nel contesto processuale risulti inconferente, sia perché le parti onerate non hanno fornito prove a supporto delle proprie allegazioni, sia all'esito di una condizione di impossibilità oggettiva, in quanto non esistono prove o i mezzi probatori dimessi non hanno sortito un esito favorevole, o ancora, nonostante l'acquisizione delle prove le stesse non appaiano convincenti.

In tali circostanze, l'onere della prova consente al giudice, di emettere in ogni caso la decisione in merito all'accoglimento o al rigetto della domanda, quando, nonostante l'attività probatoria, egli non sia riuscito a raggiungere la verità dei fatti. Si tratta di una regola che trova il proprio fondamento nella necessità di sviluppare una norma di giudizio per così dire risolutiva che soccorra l'organo giudicante ove il fatto permanga incerto.

Nei sistemi di common law, pur condividendo il principio generale secondo cui incombe sulle parti in giudizio l'onere di provare l'eventuale sussistenza delle circostanze fatte valere o di elementi estintivi o impeditivi delle medesime,² manca una regola generale di riparto quale quella prevista dall'art. 2697 c.c., a mente della 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 medesima.

In tali ordinamenti l'individuazione dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi non discende da una regola di indubbio carattere pubblicistico ma appare più duttile ed intimamente connessa al concreto dipanarsi del processo, di cui l'onere della prova (*“burden of proof”*) costituisce la spina dorsale.

Il *burden of proof* non è nemmeno concepito per esplicitare una delle funzioni precipue previste dal nostro ordinamento per l'*onus probandi*: evitare il *non liquet*. Nella costruzione dei sistemi di *civil law*, l'onere della prova consente – o, meglio, impone – al giudice di pronunciare

¹ D. 22, 3, 2, Paulus libro sexagesimo nono ad edictum.

² Vedasi a titolo esemplificativo la sentenza inglese di *Brendon International Ltd v Water Plus Ltd and another* [2024] EWCA Civ 220 al capoverso 50: *“The general rule in civil litigation is that they who assert must prove. So, where a given allegation, whether affirmative or negative, forms an essential part of a party's case, the burden of proving such allegation to the civil standard of proof rests on that party at all times. Accordingly, if, when all the evidence has been adduced, the court does not find the allegation proven on the balance of probabilities, the party upon whom the legal burden rests will lose their claim....”*.

sentenza a sfavore della parte che, essendone gravata, non è stata in grado di assolvere i propri oneri probatori. In altri termini il vero destinatario dell'onere della prova è il giudice il quale sarebbe così dotato di uno strumento di natura processuale (ancorché vi siano impostazioni che reputano che tale strumento abbia portata sostanziale o processuale ma con portata sostanziale³) che gli consentirebbe di decidere la controversia allorquando al termine dell'istruttoria la ricostruzione dei fatti appaia dubbia o lacunosa.⁴

Negli ordinamenti di *common law*, invece, il *non liquet* non costituisce un rischio reale,⁵ pertanto la regola dell'onere della prova costituisce quasi esclusivamente uno strumento distributivo del carico probatorio diretto alle parti. Strumento che in un processo dominato dal principio dispositivo (*adversarial*) assume un ruolo di notevole importanza.

Pur rappresentando un ruolo chiave nel processo negli ordinamenti *common law* o forse proprio in ragione di tale importanza, il concetto di *burden of proof* assume un contorno a tratti incerto ricomprendendo ricomprende una molteplicità di elementi ed accezioni.⁶

Contorno che ricomprende una disciplina di carattere marcatamente processuale⁷ e che si sviluppa in ordine ai seguenti profili: quale parte risulterà soccombente nell'ipotesi (*discrimen* oggettivo) in cui il giudice non sia persuaso della sussistenza dei fatti in questione (c.d. *legal burden* o *burden of persuasion*);⁸ quale parte è onerata dal produrre le prove a supporto dei fatti allegati (c.d. *evidential burden* in Inghilterra o *burden of production* negli Stati Uniti) – un onere a carattere soggettivo; quale “grado” di prova è richiesto per persuadere il giudice sull'esistenza del fatto dedotto (c.d. *standard of proof*).⁹

³ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, p. 498.

⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 675

⁵ Assume, peraltro, un significato leggermente diverso di incertezza interpretativa cfr. Bennion On Statutory Interpretation (LexisNexis Butterworths: 2008) ““(1) *The interpreter's duty is to arrive at the legal meaning of the enactment, which is not necessarily the same as its grammatical meaning. This must be done in accordance with the rules, principles, presumptions and canons which govern statutory interpretation. (2) The court is never entitled, on the principle non liquet (it is not clear), to decline the duty of determining the legal meaning of the relevant enactment. ...*”

⁶ Nella sentenza della U.S. Supreme Court di *Schaffer v. Weast*, 546 U.S. 49, 56 (2005) tale indeterminazione terminologica viene così evidenziata “[t]he term ‘burden of proof’ is one of the slipperiest members of the family of legal terms.”.

⁷ Ancorché l'individuazione della natura (processuale ovvero sostanziale) della nozione in esame non sia agevole nemmeno nei sistemi di *common law*.

⁸ “The burden on the defendant to put the facts before the court is “the burden of persuasion”” nella sentenza *North of England Coachworks Ltd v Khan* [2020] EWHC 1972 (QB), al para 12.

⁹ Vedasi anche la relazione della commissione di studio sull'Indian Evidence Act, 1872, Report No. 69. Chapter 45. Burden of Proof. Sections 101-104 “The expression “burden of proof” is, however, used in two senses. It means (a) the burden of establishing a case, whether by preponderance of evidence (as in civil cases) or beyond reasonable doubt (as in criminal prosecutions); and (b) the duty or necessity of introducing evidence either to establish such a case or to meet evidence sufficient to constitute rebuttal of a prima facie case proved by the other party. When the expression is used in the first sense, the emphasis is on the suit or proceeding as a whole. When it is used in the second sense, the emphasis is on the stage at which the matter stands.”

Il *legal burden* richiede alla parte gravata di dimostrare un fatto controverso secondo lo standard probatorio richiesto mentre l'*evidential burden* consiste nell'obbligo di produrre prove sufficienti e credibili a sostegno di tale fatto.¹⁰ La cui compete *legal burden* deve sostenere anche l'*evidential burden*. Tale regola generale può essere modificata ove venga applicata una presunzione, in tale ipotesi la parte che altrimenti sosterebbe l'*evidential burden* può avvalersi della presunzione.¹¹

L'onere della prova, pertanto, spetta alla parte la cui pretesa verrebbe meno nell'ipotesi in cui non venissero presentate o non venissero presentate ulteriori prove sulla questione controversa.¹²

L'*evidential burden* è, altresì, connotato da una particolare funzione di selezione pre-dibattimentale: 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 fatto.

Tuttavia, ancorché venisse assolto l'*evidential burden* non si determina automaticamente il superamento del *legal burden*. Anche in presenza di prove, l'organo giudicante potrebbe non raggiungere il necessario grado di convincimento.

Questa ripartizione dell'onere probatorio¹³ discende storicamente dalla presenza della giuria nei procedimenti civili inglesi (elemento ancora presente nel sistema statunitense). Mentre le questioni di diritto erano attribuite al giudice togato (*tribunal of law*), alla giuria competevano le decisioni in fatto (*tribunal of facts*).¹⁴

La natura laica e popolare della giuria, nonché il fatto che i giurati partecipassero al processo provenendo da varie regioni dell'Inghilterra e sospendendo temporaneamente le proprie attività lavorative, imponevano, per ragioni di praticità, la necessità di un dibattito orale e concentrato. L'oralità assumeva un ruolo essenziale affinché potesse essere esposto alla giuria, durante il dibattito, l'intero contenzioso, permettendo così ai giurati di formulare e manifestare il proprio giudizio sui fatti controversi.

¹⁰ "There are in English law two categories of burden of proof: the persuasive (or legal) and the evidential." *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

¹¹ H.M. MALEK - J. AUBURN - R BAGSHAW, ET AL, *Phipson on Evidence*, 20th ed., London, 2021, p. 52.

¹² *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v Imperial Smelting Corporation Ltd* [1942] AC 154.

¹³ Archer in *The Law of Evidence* osservava nel 1919 che la confusione relativa all'onere della prova deriva dal fatto che con lo stesso termine si fa riferimento a tre concetti diversi: "the burden of establishing the case", "the burden of proving the affirmative" e, da ultimo, "the burden of introducing evidence".

¹⁴ "Con l'affermarsi della giuria sono nate nuove idee e un nuovo sistema di pleading ... e poco a poco, con il lento e strano sviluppo della giuria popolare, e l'arbitrario operare dei common law pleadings, si sono venute a formare nuove distinzioni": J.B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, 1898, p.354.

Da questa bipartizione delle questioni fattuali attribuite alla giuria e quelle di diritto attribuite al giudice discende anche la distinzione dell'onere della prova che nelle sue due accezioni individua soggetti diversi.

Peraltro anche sotto il profilo strutturale sia il processo civile inglese che quello (Federale) americano, sono caratterizzati da una struttura bifasica, che prevede una netta distinzione tra una fase pre-dibattimentale, funzionale alla preparazione del dibattimento, e la fase del dibattimento stesso.

Venendo poi all'ultimo dei summenzionati profili, il grado di convincimento che deve essere raggiunto dall'organo giudicante viene denominato *standard of proof* e costituisce la conseguenza storica della matrice *adversarial* del procedimento e dalla presenza della giuria.¹⁵ Nei procedimenti penali l'accertamento deve sussistere oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond reasonable doubt*)¹⁶ e l'accusa è sempre gravata del *legal burden*.¹⁷

Nei procedimenti civili di common law tale *standard* valutativo è meno rigoroso ed è basato sul criterio probabilistico (*preponderance of the evidence* negli Stati Uniti¹⁸ e *balance of probabilities*¹⁹ in Inghilterra). In America, dovendo tale criterio essere spiegato ai membri di

¹⁵ Cfr. J. FRANKLIN, *The Science of Conjecture. Evidence and Probability before Pascal*, Baltimora, 2001, p. 69.

¹⁶ Vedasi la sentenza inglese *Woolmington v DPP* [1935] UKHL 1. Le istruzioni rivolte alle giurie inglesi fanno riferimento al fatto che la locuzione "beyond reasonable doubt" implica "This means the same as being sure", vedasi il Crown Court Compendium, Part I, Chapter 5. Nello Stato del Colorado ove in un procedimento civile sia avanzata una pretesa rispetto ai c.d. danni punitivi, lo standard probatorio applicabile è quello di oltre ogni ragionevole dubbio, vedasi W.D. WOODY, *Jurors' Use of Standards of Proof in Decisions about Punitive Damages*, in *Behav. Sci. Law*, 2012, p. 856 ss.

¹⁷ Vedasi la sentenza irlandese di *Donnelly -v- Judges of Dublin Metropolitan District Court & ors* [2015] IEHC 125 "This burden is fixed by law and remains on the prosecution from the beginning to the end of the trial. It is this burden which arises from the presumption of the accused's innocence and it is the removal of this burden by statute that may involve a breach of the accused's constitutional rights. It is now usual to refer to this burden as the legal or persuasive burden of proof but the phrase is also used to describe the burden which is cast on the prosecution in a criminal trial of adducing evidence to establish a case against an accused, a burden which is now usually referred to as the evidential burden of proof. In criminal cases the prosecution discharges this evidential burden by adducing sufficient evidence to raise a "prima facie" case against an accused. It can then be said that an evidential burden has been cast on to the accused. But the shifting of the evidential burden does not discharge the legal burden of proof which at all times rests on the prosecution. The accused may elect not to call any evidence and will be entitled to an acquittal if the evidence adduced does not establish his or her guilt beyond a reasonable doubt. Therefore, if a statute is to be construed as merely shifting the evidential burden no constitutional infringement occurs...".

¹⁸ "As every first-year law student knows, the civil preponderance-of-the-evidence standard requires that a plaintiff establish the probability of her claim to greater than 05.' By comparison, the criminal beyond-a-reasonable-doubt standard is akin to a probability greater than 0.9 or 0.95." E. CHENG, *Reconceptualizing the Burden of Proof*, in *Yale Law Journal*, 2013, p. 1256.

¹⁹ Vedasi la sintesi di Lord Nicholls nella sentenza di *Re H (Minors) (Sexual Abuse: Standard of Proof)* [1996] AC 563 at 586: "The balance of probabilities standard means that a court is satisfied that an event occurred if a court considers that on the evidence the occurrence of the event was more likely than not. In assessing the probabilities, the court will have in mind as a factor to whatever extent it is appropriate in the particular case that the more serious the allegation the less likely it is that the event occurred and hence the stronger should be the evidence before court concludes that the allegation is established on

una giuria ed essendo il termine “preponderance” in un certo qual modo desueto si fa ricorso a locuzioni quali “*more likely than not*”²⁰ ovvero “*greater weight of the evidence*”.²¹

Peraltro, negli USA vige anche un criterio intermedio tra *preponderance of the evidence* e *beyond reasonable doubt*, che trova applicazione nelle procedure civili,²² amministrativi e penali, denominato *clear and convincing evidence*²³ che implica che la circostanza soggetta all’onere probatorio deve essere altamente probabile o ragionevolmente certa.²⁴ I predetti criteri ancorché riferibili a delle valutazioni percentuali non devono risultare in un mero approccio matematico-probabilistico, devono, invece, portare ad una disamina complessiva delle prove addotte.²⁵

Stante le varie sfaccettature dell’onere della prova nonché la connessione delle teorie sulla ripartizione dello stesso al concreto dipanarsi del procedimento, ci si propone di valutarlo – dopo averne identificato i tratti salienti - nelle giurisdizioni dell’Inghilterra e Galles²⁶ e degli Stati Uniti d’America dopo aver ripercorso i tratti salienti del processo civile in cui l’onere esplica i propri effetti. Tale esercizio consentirà di utilizzare l’onere della prova quale strumento interpretativo della realtà processuale, evitando una prospettazione astratta.

Le due realtà giuridiche sono accumulate da una tendenza verso la concentrazione temporale del dibattimento, dalla matrice *adversarial* e dal ruolo attivo che le parti possono giocare nelle fasi precedenti ad esso e durante il dipanarsi della lite, tratti che connotano in maniera decisiva anche l’esplicarsi dell’onere della prova nonché sulla sua formazione ed assunzione. A fronte di questi elementi comuni i due sistemi presentano spiccati margini di divergenza sotto il profilo delle regole processuali: basti pensare a come la presenza della giuria nei processi civili, comune negli Stati Uniti, sia oramai pressoché caduta in disuso in Inghilterra²⁷

the balance of probabilities. Fraud is usually less likely than negligence ... Built into the preponderance of probabilities standard is a generous degree of flexibility in respect of the seriousness of the allegation”.

²⁰ “*The parties must persuade you, by the evidence presented in court, that what they are required to prove is more likely to be true than not true.*”, CACI No. 200. Obligation to Prove - More Likely True Than Not True Judicial Council of California Civil Jury Instructions (2024 edition).

²¹ Florida Standard Jury Instructions in Civil Cases.

²² Ad esempio 30 Stati Americani e il District of Columbia utilizzano tale standard quando la valutazione coinvolge i c.d. danni punitivi, vedasi W.D. WOODY, *Jurors’ Use*, cit.

²³ Vedasi la sentenza statunitense nel procedimento amministrativo *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310, 316 (1984).

²⁴ Vedasi *United States v. Jordan*, 256 F.3d 922, 930 (9th Cir. 2001) ove si è stabilito che “[C]lear and convincing evidence ‘indicate[s] that the thing to be proved is highly probable or reasonably certain. This is a greater burden than preponderance of the evidence, . . . but less than evidence beyond a reasonable doubt’”.

²⁵ Vedasi la sentenza inglese *In Re A (Children)* [2018] EWCA Civ 1718.

²⁶ Di seguito il riferimento a “Inghilterra” o “inglese” comprende la giurisdizione unica dell’Inghilterra e del Galles.

²⁷ C.S. BULLOCK, *The Abolition of the Right to Trial by Jury in Civil Cases in England*, in *American Journal of Legal History*, 2023, p. 281 ss.

oppure al ruolo “manageriale” del giudice inglese del tutto estraneo all’esperienza statunitense.

Per meglio comprendere i tratti comuni e distintivi di tali ordinamenti, ed il riflesso di tali elementi sulle diverse sfaccettature dell’onere probatorio nel processo civile verrà analizzato il contenzioso nella c.d. Commercial Court una sezione specializzata della King's Bench Division della High Court Inglese,²⁸ mentre negli Stati Uniti d’America verranno prese in considerazione le Norme di Procedura Civile Federali (*Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*). Tuttavia, prima di valutare come si esplica concretamente l’onere della prova nel processo, giova inquadrare meglio inquadrare lo stesso sotto un profilo generale.

2. Le presunzioni e l’inversione dell’onere della prova

La teoria generale delle presunzioni negli ordinamenti di common law è pressoché identica a quella del nostro ordinamento. La presunzione opera, per lo più, sul piano del diritto sostanziale e non già su quello procedurale (*law of evidence*).

Dal punto di vista pratico le presunzioni determinano una diversa ripartizione rispetto alla posizione ordinaria del rischio della mancata prova. I suoi elementi costitutivi sono (i) il fatto noto, (ii) il fatto ignoto e (iii) il nesso di causalità tra le prime due circostanze.

Esempio classico, nel diritto inglese, è costituito dalla presunzione di capacità di agire in ragione della quale, sino a prova contraria (sulla scorta di un criterio probabilistico), un soggetto (ancorché affetto da disturbi mentali) si presume legittimato e nel pieno delle capacità fisiche, mentali e giuridiche. Analogamente, la presunzione di morte ai sensi del Presumption of Death Act 2013 sussiste ove il ricorrente (un parente della persona assente o un soggetto che dimostri un interesse nel di lui procedimento successorio) dimostri che la persona oggetto del procedimento sia deceduta ovvero siano trascorsi sette anni dal giorno cui risale l'ultima notizia della sua assenza; ai fini probatori si deve dimostrare che siano state intraprese tutte le necessarie attività di ricerca dell’assente, sia stata data pubblicità al procedimento e sia stata contattata la famiglia dell’assente.

Negli Stati Uniti, la Rule 301 delle Federal Rules of Evidence (**FRE**) statuisce che, in tutte le azioni e nei procedimenti civili ove non sia diversamente previsto da un atto normativo del Congresso o dalle FRE stesse, una presunzione impone alla parte avversa l’onere di produzione delle prove (*evidential burden*) per confutare o soddisfare la stessa, ma non trasferisce su tale parte il c.d. *burden of persuasion* sulla sussistenza degli elementi essenziali che rimane per tutta la durata del processo a carico della parte su cui originariamente incombeva.

²⁸ Rito ordinario “*multi track*” per controversie di valore superiore alle £STG100.000. Tali procedimenti hanno una durata media compresa tra i 18 mesi ed i 3 anni.

Vi sono le presunzioni legali assolute, o *irrebuttable presumptions of law*, discendenti da specifiche norme di diritto sostanziale²⁹ e le presunzioni semplici o *presumptions of facts*, che pur incidendo sulla valutazione delle prove sono tuttavia estranee alla questione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti. In tale contesto si inserisce il criterio della c.d. *res ipsa loquitur* che trova applicazione nelle ipotesi in cui sia fatta valere una presunzione di negligenza. È invocabile nella situazione in cui si dimostri che la causa dell'incidente fosse sotto il controllo del convenuto (*defendant*) e che le circostanze siano tali che l'incidente non si sarebbe altrimenti verificato se i soggetti responsabili avessero agito con ragionevole diligenza.³⁰ Laddove venga applicata la *res ipsa loquitur*, compete al convenuto provare l'assenza di negligenza mentre la dimostrazione della sussistenza del nesso causale incombe sul ricorrente.

Si rinvencono, infine, le presunzioni legali relative (*iuris tantum*) o "*rebuttable presumptions of law*". Gli effetti di tale tipologia di presunzione sono di incidere sull'onere della prova gravando, alternativamente, la parte avverso la quale opera la presunzione di produrre le prove a supporto dei fatti allegati (*evidential presumption*) ovvero di dimostrare la sussistenza di fatti dibattuti (*persuasive presumption*). Il fondamento teorico di tale alternanza è rinvenibile nel criterio dell'*access to evidence*. In altri termini, la parte che si trova nella migliore posizione per dimostrare in giudizio cosa ha fatto, o, più spesso, cosa non ha fatto, sarebbe per ciò solo più ragionevole imporgli il relativo onere probatorio.

La categoria delle *rebuttable presumption of law* riveste una particolare importanza negli Stati Uniti nei procedimenti per responsabilità extra contrattuale che implicino un concorso di colpa - contributory negligence. La sua applicazione in tale contesto fa emergere un conflitto tra diverse presunzioni giuridiche, quella di buona condotta (*due care*) e quella di *negligence* (comportamento non scrupoloso, fonte di danno per altro soggetto). Negli Stati in cui si considera prevalente la presunzione di buona condotta da parte dell'attore, ad essere presunta sarà l'assenza di un suo concorso di colpa, e il convenuto avrà l'onere di dimostrare il contrario. All'opposto, ove si ritenga prevalente la presunzione di *negligence* dell'attore, sarà la presenza di un suo concorso di colpa ad essere presunta, e spetterà a costui provare il contrario.

²⁹ A titolo esemplificativo si consideri nel procedimento per diffamazione a mezzo stampa (*libel*) ovvero ove la diffamazione intervenga oralmente (*slander*), l'art. 13, comma 1 del Civil Evidence Act 1968 inglese, prevede che laddove mentre fattispecie costituisce essenzialmente un illecito civile (*tort*), all'origine di un'azione di risarcimento, e soltanto in modo residuale un reato (*offence*), laddove intervenga una condanna penale, la stessa costituisce presunzione assoluta in un eventuale procedimento civile.

³⁰ Vedasi la sentenza di *Scott v London and St Katherine Docks Co* (1865) 3 Hurl & C 596.

In Inghilterra nella medesima categoria sussiste la presunzione relativa di *perdita di chance* correlata alla *breach of duty of care* da parte del convenuto. Tale presunzione (*evidential presumption*) in favore del ricorrente consente a quest'ultimo una certa elasticità nel quantificare il danno subito. In altri termini, posto che l'attore è nella migliore posizione per dimostrare in giudizio cosa ha fatto, o, più spesso, cosa non ha fatto, sarebbe per ciò solo più ragionevole imporgli il relativo onere probatorio..³¹

Una volta ricostruite alcune delle principali presunzioni presenti negli ordinamenti common law, è possibile spostare l'attenzione su alcune fattispecie contenenti particolari regole di ripartizione del carico probatorio. Fattispecie che possono ritenersi ipotesi di inversione o, quantomeno, facilitazione dell'onere probatorio.

Nella procedura civile inglese sussistono circostanze dettate da specifiche previsioni normative o casistiche canonizzate dalla giurisprudenza in cui interviene tale inversione.

Un esempio di una fattispecie di matrice giurisprudenziale (affine alla norma prevista dall'art. 2050 c.c.) è quella che sussiste in materia di illeciti "regolamentari" ove l'inversione dell'onere probatorio appare giustificato dal fatto che l'eventuale convenuto abbia esercitato un'attività che ancorché perfettamente legittima presentava dei notevoli profili di rischio o poteva mettere in pericolo l'incolumità di cose o persone..³²

Nel novero delle ipotesi d'inversione dell'onere di origine "normativa" si rinviene la c.d. *negligent misrepresentation* ai sensi del Misrepresentation Act del 1967. Le controversie che ne discendono trovano come presupposto una dichiarazione inesatta resa da una parte ad un'altra per negligenza o imprudenza ancorché in buona fede. Il test è relativamente alla sussistenza dell'illecito extracontrattuale è oggettivo. Non è necessario dimostrare la frode. Una volta che il rappresentante abbia dimostrato che la dichiarazione era concretamente inesatta, spetta al dichiarante dimostrare di aver ragionevolmente creduto nella veridicità della stessa nel renderla (circostanza concretamente particolarmente difficile da dimostrare). L'onere della prova, in tale ipotesi, non subisce una vera e propria inversione quanto piuttosto una redistribuzione e viene presa in considerazione quale fatto impeditivo del diritto al risarcimento il fatto che quanto asserito fosse ritenuto vero.

Una fattispecie analoga è ravvisabile in materia di diritto del lavoro, laddove venga invocato l'Equality Act 2010 inglese (strumento che accoglie una serie di direttive europee³³),

³¹ Ciò dà luogo ad una "*evidential (i.e. rebuttable) presumption in favour of the claimant which gives him the benefit of any reasonable doubt. The practical effect of that is to give the claimant a fair wind in establishing the value of what he has lost.*" *The Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim SA & Anor (Rev 1)* [2009] EWHC 1801 (Ch).

³² Vedasi *Johnstone* [2003] UKHL 28 e *Davies v Health and Safety Executive* [2002] EWCA Crim 2949.

³³ Vedasi ad esempio Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000.

funzionale a valutare se sia stato posto in essere un comportamento discriminatorio³⁴ o contrario al principio della parità di trattamento.³⁵

Per l'effetto di tale norma e sulla scorta delle relative interpretazioni giurisprudenziali³⁶ dal punto di vista dell'onere probatorio sussistono due fasi. La prima inizialmente a carico del ricorrente, che deve allegare delle pretese verosimili (*prima facie*) o sulla scorta di elementi fattuali non controversi in base ai quali il tribunale possa decidere sussista un comportamento discriminatorio. Se l'onere della prova in capo al ricorrente è soddisfatto, parte convenuta è tenuta dimostrare di aver agito in ossequio al principio della parità di trattamento.³⁷ Più che un'inversione vera e propria dell'*onus probandi* si tratta di un alleggerimento dell'onere probatorio in capo al ricorrente (parte debole del rapporto) ancorché il grado di certezza (apparenza *prima facie*) sia minore rispetto al consueto (onere della prova asimmetrico).

Negli USA, invece, a seguito della pronuncia della Supreme Court del 2020 in *Comcast Corp. v. National Association of African-American Owned Media*³⁸ non è più sufficiente che gli attori allegghino che il convenuto abbia posto in essere una condotta discriminatoria, ma va dimostrato il nesso causale tra il danno sostenuto da parte attorea e tale condotta.

Un'altra differenza tra i due sistemi oggetto di analisi in ordine all'onere probatorio è rinvenibile nei casi di diffamazione a mezzo stampa (*libel*), laddove in Inghilterra spetta alla persona che ha fatto la presunta dichiarazione diffamatoria dimostrarne la sua veridicità, mentre negli Stati Uniti l'onere probatorio rimane in capo al ricorrente.

3. Applicazione dell'onere della prova

Mentre la prevalente dottrina italiana ritiene che la ratio della regola dell'onere della prova sia di evitare il *non liquet* consentendo all'organo giurisdizionale di pronunciarsi anche quando mancano gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento, nei sistemi common law ha soprattutto una funzione distributiva, determinando che parte sia gravata dal rischio della mancata prova, in quanto il mancato soddisfacimento della prova non determina

³⁴ La formulazione della corrispondente norma Italiana (art. 40 d.lgs. 198/2006) così prevede "Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione".

³⁵ Articolo 136(2)-(3), Equality Act 2010.

³⁶ Vedasi *Royal Mail Group Ltd v Efofi* [2021] UKSC 33.

³⁷ Ai sensi dell'articolo 136 commi (2) e (3): "(2) *If there are facts from which the court [or tribunal] could decide, in the absence of any other explanation, that a person (A) contravened the provision concerned, the court must hold that the contravention occurred.* (3) *But subsection (2) does not apply if A shows that A did not contravene the provision.*"

³⁸ 589 U.S. (2020).

l'automatico rigetto della domanda, quanto piuttosto un sostanziale incremento di rischio che ciò avvenga.

Una chiara enunciazione di tale rischio è rinvenibile nelle istruzioni da fornire alla giuria nei procedimenti civili nello Stato del Colorado: *“ove una parte non soddisfi l'onere probatorio relativo ad una propria pretesa o eccezione ovvero nell'ipotesi in cui le prove addotte da entrambe le parti si controbilancino equamente in modo da rendere impossibile stabilire la prevalenza di una prospettazione sull'altra, dovrete rigettare la domanda o l'eccezione oggetto di valutazione”*.³⁹

Ove possibile, infatti, il giudice adito deciderà sulla scorta delle valutazioni dei fatti. Solo nelle circostanze residuali in cui tale giudice si trovi a dover constatare che nessuna delle due versioni contrapposte degli eventi soddisfi il criterio probabilistico, potrà, in via del tutto eccezionale, fare ricorso all'onere della prova (rectius al suo mancato superamento).

Un esempio di una tale ipotesi è rinvenibile nella sentenza di *Stephens v Cannon*,⁴⁰ in materia di controversia sul prezzo di compravendita di un terreno in un determinato momento temporale. Il giudice di prime cure, all'esito della testimonianza di due periti le cui valutazioni estimative erano piuttosto distanti, decideva sulla scorta dell'onere della prova non risultando possibile stabilire quale perizia risultasse più attendibile. Poiché i venditori avevano l'onere di dimostrare, sulla base probabilistica, che la loro tesi fosse corretta, non essendovi riusciti, prevaleva la prospettazione dei convenuti/acquirenti. I venditori promuovevano appello sull'assunto che il giudice di primo grado avrebbe abdicato il proprio dovere giurisdizionale omettendo di giungere ad una conclusione sulla scorta delle prove dei consulenti.

Accogliendo l'appello, la Corte ha enunciato alcuni principi chiave in merito all'uso dell'onere probatorio:

- La situazione deve essere eccezionale affinché il giudice possa decidere una questione controversa ricorrendo all'onere della prova, anche se non è necessario che abbia caratteristiche peculiari.
- Non sia possibile, nonostante gli sforzi compiuti, giungere ad una conclusione sulla questione controversa.
- Si applica un onere di motivazione rafforzato, a mente del quale: a) da un lato, le parti devono essere in grado di comprendere lo sforzo del giudice di prime cure ed il ragionamento che sottende la decisione di ricorrere all'onus probandi e ciò al fine di percepire chiaramente le ragioni per cui sono risultate vittoriose o soccombenti; b)

³⁹ *“If a party fails to meet (his) (her) (its) burden of proof as to any claim or defense or if the evidence weighs so evenly that you are unable to say that there is a preponderance on either side, you must reject that claim or defense”*, vedasi Colorado Jury Instructions Civil, Chapter 3, 3:1 Burden of Proof and Preponderance of Evidence —Defined.

⁴⁰ [2005] EWCA Civ 222.

dall'altro, deve essere consentito anche all'eventuale giudice d'appello comprendere i termini del ragionamento seguito, altrimenti non potrà verificare se il tribunale di primo grado si sia effettivamente trovato in una situazione eccezionale.

Applicando tali principi nella sentenza *Constandas v Lysandrou (a protected party by her litigation friend and son Mr Michael Lysandrou) and others*,⁴¹ la Corte d'Appello Inglese ha respinto il ricorso in cui veniva contestato l'operato del giudice di primo grado che aveva rigettato la domanda attorea ricorrendo all'onere della prova. L'attore (parte C) aveva intentato una causa contro la sorella, il cognato e il nipote (congiuntamente, parte D) ai sensi del Trusts of Land and Appointment of Trustees Act del 1996, chiedendo (tra l'altro) un provvedimento dichiarativo in merito al suo presunto diritto di proprietà e di occupazione di un immobile, la cui titolarità spettava formalmente alle parti D1 e D2. Il procedimento verteva sulla possibilità da parte di C di dimostrare di aver versato un acconto di 600 sterline nel giugno 1959, al momento dell'acquisto dell'immobile (cosa che parte D aveva contestato). Il giudice di prime cure concludeva che, sulla base delle prove a sua disposizione, non era in grado di giungere ad alcuna conclusione su chi avesse versato l'acconto. Di conseguenza, ha ritenuto che parte C non avesse assolto all'onere della prova che gravava su di lui in quanto parte attorea e respingeva il ricorso.

La Corte d'Appello ha ritenuto che il giudice di prime cure avesse chiaramente affrontato “in modo completo e coscienzioso” le prove per decidere se fosse in grado di determinarsi. Si era sforzata di arrivare a una conclusione e aveva spiegato chiaramente le ragioni per cui non era in grado di farlo. Tuttavia, il test concretamente applicabile non era se il ragionamento del giudice di prime cure spiegasse adeguatamente ciò che aveva fatto, ma se ciò che aveva fatto fosse effettivamente giustificato (o se poteva ragionevolmente essere in grado di giungere ad una conclusione di fatto in un modo o nell'altro). In questo caso, il problema che il giudice di prime cure si era trovata ad affrontare poteva essere definito veramente eccezionale, invero, erano trascorsi molti anni dall'effettuazione del pagamento contestato, le prove documentali sulla provenienza dell'acconto apparivano comprensibilmente limitate, non erano emerse prove dirette da parte di D1 e D2 essendo tali soggetti affetti da demenza, la testimonianza diretta di C era stata respinta a causa della sua limitata credibilità.

Un altro esempio concreto di approccio all'onere della prova (in realtà solo al *burden of persuasion*) è rinvenibile nella recente sentenza di *North of England Coachworks Ltd v Khan*⁴² ove il ricorrente chiedeva la modifica di un sequestro conservativo (*freezing injunction*) per consentire la vendita di alcuni beni al fine di pagare i propri legali.

⁴¹ [2018] EWCA Civ 613.

⁴² [2020] EWHC 1972 (QB).

A fronte degli elementi probatori presentati il giudice adito si è pronunciato indicando *“Avendo esaminato il materiale in mio possesso, comprese le dichiarazioni dei testimoni e le informazioni fornite nella memoria del sig. Brett [legale di parte resistente], non ho dubbi nel concludere che i coniugi Khan non hanno assolto all'onere di dimostrare che non dispongono di fonti di finanziarie alternative. Ho tenuto conto del fatto che non fosse necessario per i coniugi Khan dimostrare l'assenza di beni alternativi sulla base di un criterio probabilistico; inoltre, sono consapevole delle concrete difficoltà associate alla dimostrazione di un elemento negativo. Anche tenendo ben presenti questi elementi, le prove dei Khan sono irrimediabilmente carenti. Non accetto l'affermazione del sig. Brett [legale della parte resistente] secondo cui dovrebbe essere chiaro dai termini del provvedimento di sequestro stesso che non sono disponibili altre fonti di reddito, né che il signor Cohen [legale di parte ricorrente] abbia sopravvalutato il peso dell'onere che i signori Khan devono assolvere. Le prove e le informazioni disponibili non solo non mi convincono dell'assenza di fonti finanziarie alternative, ma anzi suggeriscono che sussiste una concreta prospettiva di finanziamento alternativo, da parte di un membro della famiglia o dei familiari, in particolare della stessa signora Khan. Dopo tutto, se la signora ha i mezzi per acquistare la sua quota nella casa di famiglia (con i propri beni o con l'aiuto di un ulteriore prestito da parte del padre), allora ne consegue che potrebbe essere in grado di far fronte alle spese legali del signor Khan (e anche la propria).”*

La giurisprudenza citata chiarisce, pertanto, come il ricorso all'onere della prova da parte dell'organo giudicante costituisca una circostanza eccezionale applicabile unicamente ove, al termine dell'istruttoria, i fatti allegati risultino in tutto o in parte sforniti di prova.

Tuttavia anche nel diritto processuale civile inglese e statunitense, laddove manchino le prove, il giudice procede comunque alla definizione del giudizio: pronunciandosi sulla domanda proposta sia che disponga delle prove, sia che esse non siano state fornite.⁴³

Avendo affrontato gli elementi teorici essenziali dell'*onus probandi*, occorre chiedersi quale significato assuma tale concetto nel mondo del processo nel cui ambito esplica i propri effetti. Invero, la regola di giudizio basata sull'onere della prova costituisce un punto fondamentale per intendere il processo di tipo dispositivo, la sua funzione nonché il ruolo delle parti (cui spetta il dominio dell'iniziativa) e dell'organo giudicante nei sistemi di common law.

Non solo. Ancorché i soggetti gravati dall'*onus probandi* (quale *evidential burden*) mutino nel corso del procedimento a seconda delle pretese o eccezioni formulate, la distribuzione del

⁴³ L. DURELLO, *Appunti sulla regola dell'onere della prova nel diritto processuale civile inglese*, in *Il Diritto degli Affari*, 2019, p. 427.

burden of proof (*legal burden*) è fissata dagli atti introduttivi del processo.⁴⁴ Invero, negli ordinamenti inglesi o statunitensi rispetto a ciascun fatto giuridico sussiste un autonomo *evidential burden*. Tale posizione atomistica differisce marcatamente dall'approccio unitario del nostro ordinamento determinando, come si è visto, un mutamento nella distribuzione dell'onere probatorio a seconda di chi abbia dedotto ciascun *fact in issue*.⁴⁵

Il processo, pertanto, negli ordinamenti anglo-americani da un lato categorizza, per il tramite delle parti, i fatti giuridici oggetto dell'onere probatorio dall'altro, all'esito della decisione dell'organo giudicante, incide sulla ripartizione di tale onere.

Vieppiù. Lo svolgimento stesso del processo civile in Inghilterra e negli Stati Uniti è condizionato dalle deduzioni istruttorie di parte e, ove non sia stato assolto l'*evidential burden*, potrebbe giungere ad un'anticipata conclusione.

Pertanto, al fine di comprendere come si dipana concretamente il *burden of proof* nelle sue due componenti – allegare e dimostrare i fatti e gli elementi costitutivi ed introdurre le prove a suffragio degli stessi – verranno esaminati alcuni elementi salienti del processo nella Commercial Court inglese e, successivamente, quello a norma delle Norme di Procedura Civile Federali statunitensi.

4. Il procedimento nella Commercial Court inglese

La Commercial Court fa parte delle *Business and Property Courts* inglesi, vanta un'ampia giurisdizione occupandosi di controversie commerciali, un termine dall'accezione piuttosto ampia ricomprendente "operazioni commerciali".⁴⁶

Le *Civil Procedure Rules* (CPRs)⁴⁷ e le relative linee guida applicative (*practice directions* (PD)), nonché il manuale della Commercial Court (*Commercial Court Guide*) trovano applicazione anche nei procedimenti che si svolgono presso la Commercial Court. Alcuni speciali protocolli d'azione *ante causam* (*pre-action protocols*) sono previsti dalle CPRs e trovano applicazione,

⁴⁴ "...the burden of proof is fixed at the beginning of the trial by the state of the pleadings and remains there never shifting." *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

⁴⁵ "...on every issue, there is an obligation on one party to convince the tribunal of fact" in S.L. PHIPSON -D.W. ELLIOT, *Manual of the Law of Evidence*, London, 1980, p. 51.

⁴⁶ A titolo meramente statistico, nel periodo compreso tra il mese di Ottobre 2022 ed il mese di Settembre 2023 il numero di nuovi procedimenti instaurati avanti alla Commercial Court è pari a 885, nel medesimo periodo si sono tenuti 137 procedimenti a dibattimento, i procedimenti hanno per il 63% matrice internazionale, vedasi The Commercial Court Report 2022-2023, pagg. 20 - 25: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/03/14.448_JO_Commercial_Court_Report_2223_WEB.pdf.

⁴⁷ Nello specifico CPR 58.

ancorché non disciplinino specificamente tale rito, anche nei potenziali procedimenti avanti la Commercial Court.⁴⁸

Gli obiettivi generali dei *pre-action protocols* sono: a) incoraggiare lo scambio di informazioni tempestive e complete su una pretesa; b) consentire alle parti di evitare il contenzioso concordando la composizione della controversia prima dell'inizio del procedimento; e c) favorire una gestione efficiente dei procedimenti laddove non sia possibile evitare il contenzioso. Ove le parti non si attengano a tali indicazioni, senza giustificato motivo, a siffatte regole, verranno penalizzate sul fronte delle spese legali (*cost penalties*) al termine del processo.

Concretamente, pertanto, subito dopo aver raccolto le prove sufficienti al sostegno della propria rivendicazione e prima di affrontare le questioni sul quantum in dettaglio, il potenziale attore (*claimant*) dovrebbe inviare alla controparte una lettera contenente i dettagli della propria pretesa. In tale lettera la parte deve fornire una quantità sufficiente di informazioni e documenti “essenziali”⁴⁹ per permettere alla potenziale convenuta (*defendant*) di effettuare degli accertamenti e procedere ad una valutazione generale sulla controversia.

Successivamente, la controparte deve notificare l'avvenuta ricezione della c.d. *letter before claim* e, dopo aver avuto il tempo (nella prassi un periodo che va dai 14 giorni ai 3 mesi) di poter investigare la rivendicazione, deve comunicare alla controparte il riconoscimento o meno della propria responsabilità. Nell'ipotesi in cui la controparte neghi la propria responsabilità o sostenga l'esistenza di un concorso di colpa, essa dovrà fornire valide argomentazioni che dovranno essere prese in considerazione dalla parte attrice.

Tale procedura iniziale tende a sortire un effetto acceleratorio, giacché le parti vengono obbligate a rendere note le proprie prove prima ancora dell'inizio della causa, ciò che spinge, di solito, ad una definizione transattiva, prima che i costi della lite lievitino.

Giova, inoltre, evidenziare che sin da quando viene contemplato il contenzioso un *solicitor* (avvocato)⁵⁰ ha il dovere di informare il proprio cliente dell'obbligo di garantire la conservazione di tutti i documenti rilevanti che potrebbero divenire soggetti ad un obbligo di esibizione documentale (*disclosure*). Tali documenti comprendono non solo quelli idonei ad attestare fatti a sé favorevoli ma anche la documentazione idonea a provare o supportare la

⁴⁸ Vedasi https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct.

⁴⁹ Commi B3.3 e B3.4.

⁵⁰ È utile ricordare che in Inghilterra il *solicitor* cura i rapporti con i clienti e gli assistiti nonché l'attività di introduzione e preparazione del processo, ed, in particolare, la preparazione della fase di *discovery*, che precede la fase del dibattimento, mentre il *barrister*, operante in regime libero professionale indipendente, predispone gli atti del procedimento e cura la fase dibattimentale.

posizione dell'eventuale controparte.⁵¹ Tale obbligo di preservazione vigerà “sino alla conclusione del procedimento (compreso l'eventuale ricorso) o fino a quando non trasparirà che non vi sarà alcun'azione giudiziaria”.⁵²

I procedimenti vengono avviati con il deposito⁵³ del modulo di atto introduttivo (*claim form*)⁵⁴ in cui viene sommariamente delineato l'oggetto della causa e, una volta intervenuta l'iscrizione al ruolo (con l'assegnazione del *claim number*),⁵⁵ la successiva notifica a controparte di tale *claim form*, di solito unitamente al ricorso in forma estesa c.d. *particulars of claim* ed al fascicolo di risposta (*response pack*). Con l'atto introduttivo del giudizio l'attore deve indicare i fatti che tradizionalmente (sulla scorta di un'elaborazione giurisprudenziale) costituiscono la c.d. *cause of action* nell'ordinamento giuridico inglese. Tale onere probatorio è concettualmente distinto dal c.d. *evidential burden*, ancorché normalmente colui che è gravato dal *legal burden* deve far fronte all'*evidential burden* a cui lo stesso è correlato.

La comparsa di costituzione (con eventuale domanda riconvenzionale) dovrà essere depositata dal convenuto entro 28 giorni dall'intervenuto deposito da parte dell'attore della conferma della notifica della *claim form* (ovvero 14 giorni dalla notifica dell'atto di citazione). In tale comparsa, ove ci si limiti ad una mera contestazione di quanto dedotto dal ricorrente, il convenuto sarà anch'esso gravato dell'onere probatorio.

La memoria di risposta attorea all'eventuale domanda riconvenzionale (*claimant's defence to counterclaim*) deve essere poi dimessa entro 14 giorni dal deposito della comparsa di costituzione (laddove non vi sia riconvenzionale l'attore può produrre se necessario una memoria di risposta - *claimant's reply to defence*).

Va evidenziato che con gli atti introduttivi, all'esito dei quali viene stabilito in via definitiva a quale ed in che misura competa il *burden of proof*,⁵⁶ ciascuna parte deve fornire, a meno che non sussista un'eccezione, a tutte le altre un elenco iniziale di documenti (*Initial Disclosure List of Documents*), oltre a copie dei principali documenti invocati (espressamente o meno) a sostegno delle pretese o delle difese avanzate (compresi i documenti a cui si fa riferimento) e

⁵¹ Ai sensi della Comma 7 della PD 31B (*Disclosure of electronic documents*): “Non appena è contemplata una controversia, i legali delle parti devono informare i propri clienti della necessità di *conservare i documenti soggetti a disclosure*. I documenti da conservare comprendono i documenti elettronici che altrimenti verrebbero cancellati in conformità a una politica di conservazione dei dati o comunque eliminati nel corso della normale attività”.

⁵² Telematico, PD 57AD.3.2.

⁵³ Utilizzando il Courts Electronic Filing system (CE-File) ai sensi della Practice Direction 51O.

⁵⁴ Utilizzando il modulo predisposto dalla Commercial Court.

⁵⁵ Previo pagamento di un contributo unificato pari al 5% del valore della pretesa fino ad un importo massimo di £10.000.

⁵⁶ “In a civil case, the burden of proof is fixed at the beginning of the trial by the state of the pleadings and remains there never shifting.” *Pope v The General Dental Council* [2015] EWHC 27.

dei principali documenti necessari per consentire alle altre parti di comprendere le pretese o le difese da formulare.

Successivamente ciascuna delle parti dovrà dichiarare se intende richiedere una disclosure estesa basata sulla ricerca documentale. In tale ipotesi la parte richiedente dovrà predisporre una memoria che identifichi le pretese soggette a *disclosure* (ed identifichi il modello di *disclosure* prescelto tra quella relativa a documenti o classi di documenti specifici, produzione dal perimetro ristretto o esibizione dal perimetro ampio). Tale memoria dovrà identificare (rectius elencare) unicamente le questioni chiave oggetto contestazione che le parti ritengono debbano essere risolte dal tribunale adito con riferimento a documenti coevi al fine di consentire un equo svolgimento del procedimento (non già tutte le questioni contestate o non ammesse nelle memorie). Nel predisporre l'elencazione delle pretese soggette a *disclosure*, le parti dovranno tenere conto del ruolo di tali pretese al fine di: (i) assistere le parti nel valutare, ed il tribunale adito a determinare, se sia necessaria l'esibizione estesa e, in tal caso, quale/i modello/i debba/possano essere utilizzato/i (ii) aiutare le parti a identificare i documenti e le categorie di documenti che potrebbero esistere e che dovranno essere divulgati (iii) consentire a coloro che sono onerati dal processo di *disclosure* ad adempiere con una modalità concreta e proporzionata (ivi incluso, (iv) assistendo nel processo di revisione dei documenti prodotti dalle ricerche ed (v) evitando la produzione di documenti non rilevanti ai fini del procedimento).

4.1 Case management conference

In questa fase predibattimentale il giudice fisserà un'udienza (anche più d'una ove si rendesse necessario) detta *case management conference* (dalle funzioni per certi versi analoghe alla prima udienza post riforma Cartabia), destinata ai chiarimenti funzionali all'esercizio dei poteri di gestione del procedimento (sulla scorta dei moduli "Case Management Information Sheet"⁵⁷ dimessi dalle parti) ancorché l'onere di concordare la gestione e la tempistica procedurale competa in prima battuta alle parti stesse (a titolo esemplificativo le parti

⁵⁷ A titolo esemplificativo vedasi il provvedimento *Banca Intesa Sanpaolo SPA & Anor v Comune Di Venezia* [2022] EWHC 1656 (Comm) al capoverso 7 "The case came before me for a CMC on 18 March 2021. In advance of that hearing, the Banks had filed a Case Management Information Sheet ("CMIS"), paragraph 14(a) of which provided: "On what issues may expert evidence be required? The parties agree that expert evidence of Italian law (on issues of Italian administrative and civil law) will be required. The Defendant considers a financial expert will be necessary to address technical issues relating to interest rate swaps. The Claimants' position on this is reserved pending: (a) sight of the Defendant's proposed questions for the financial expert (which had not been provided to the Claimants as of the date of this CMIS); and (b) determination of whether the issues of quantification of close-out values of the various swaps arising from the counterclaim and the alternative claims pleaded in the draft Amended Particulars of Claim should be determined at the main trial, or adjourned to be determined once the validity of the Transactions has been determined."

dovranno indicare la durata ipotizzata del dibattimento nonché l'impegno in termini di tempo che dovrà essere profuso dal giudice per prepararsi al dibattimento). Infatti, le parti dovranno concordare prima dell'udienza la bozza dell'elencazione delle pretese soggette ad esibizione documentale, i modelli individuati per ciascuna questione oggetto di *disclosure* e la formulazione di eventuali proposte di produzione di documenti o classi di documenti specifici. In tale contesto si inseriscono anche le cc.dd. *exclusionary rules of evidence*, ossia quelle norme che permettono al giudice di escludere l'ammissibilità delle prove prodotte dalle parti. Tali "esclusioni" rientrano nella discrezione del giudice adito che mantiene un livello di controllo sulla prova.⁵⁸ Di portata simile alle norme escludenti, è il concetto del c.d. *privilege* che consente, ritenendo che tale principio sia avvalorato da disposizioni di ordine pubblico costituendo lo stesso un'importante garanzia processuale, ad una parte di non esibire il contenuto della prova.⁵⁹ Nel novero del c.d. *privilege* rientrano: a) il privilegio contro l'autoincriminatione (*privilege against self-incrimination*); b) il segreto professionale legale (*legal professional privilege*); e c) la corrispondenza riservata, non producibile (*without prejudice correspondence*).⁶⁰ Il *legal professional privilege* si articola in due grandi categorie: il *legal advice privilege*, che copre le comunicazioni tra avvocato (anche ove dipendente del cliente stesso) e cliente effettuate allo scopo esclusivo o prevalente di dare o ricevere consulenza legale, e il *litigation privilege*, che riguarda le comunicazioni tra gli avvocati o i loro clienti e qualsiasi terza parte allo scopo di ottenere consulenza o informazioni in relazione a una controversia esistente o ragionevolmente prevista.⁶¹ La parte che invoca il *privilege* ha l'onere probatorio di dimostrarne la sussistenza.⁶²

Giova evidenziare che in un processo civile come quello Inglese che non prevede più la presenza della giuria, la valutazione di un giudice in ordine all'ammissibilità o meno di un mezzo di prova funzionale a dimostrare o confutare i fatti allegati in giudizio, può – essendo il medesimo giudice colui che valuta sia il legal burden che il l'evidential burden – costituire un giudizio prognostico sull'esito del punto controverso.

All'esito di tali valutazioni nella *case management conference*, il cui contenuto verrà cristallizzato in un'ordinanza, saranno stabiliti i parametri della *disclosure* nonché le modalità

⁵⁸ CPR, r 32.2(1).

⁵⁹ A.L.-T. CHOO, *The privilege against self-incrimination and criminal justice*, Oxford-Portland, 2013, p. 221.

⁶⁰ R. EDGE - A. ZIMBLER, *Evidence*, Oxford, 2022, p. 300.

⁶¹ Vedasi la recente sentenza di *Al Sadeq v Dechert LLP & Ors* [2024] EWCA Civ 28 in cui, tra l'altro, viene chiarito che da un lato chi invoca il legal professional privilege non deve essere necessariamente parte del procedimento e che lo stesso viene meno nei casi prima facie di iniquità – valutati sulla base di un'analisi delle probabilità. In queste circostanze, il segreto professionale viene meno per i documenti creati sia nell'ambito di un'attività considerata con probabilità iniqua, sia per favorirla o rivelarla.

⁶² Vedasi, ad esempio, la sentenza di *West London Pipeline and Storage v Total UK* [2008] 2 CLC 258.

dello scambio degli elementi probatori di cui le parti intendono avvalersi come, ad esempio, relazioni e dichiarazioni dei consulenti tecnici (*expert witness reports*) e le dichiarazioni testimoniali (*witness statement*) delle parti e di eventuali soggetti terzi.

4.2 Witness statement ed expert report

Le funzioni del *witness statement* (e dell'*expert report*) sono due: la prima consiste nel dare notizia al giudice e alle altre parti dell'intenzione di avvalersi di quella prova testimoniale al *trial*. La seconda consiste nel formare la stessa prova testimoniale che viene versata in un documento scritto da scambiare in sede di *disclosure* ed eventualmente utilizzare in sede di dibattimento. *Witness statement* ed *expert reports* dovranno concludersi con una dichiarazione giurata sulla veridicità del loro contenuto.

Nonostante la regola generale⁶³ sia che tutti gli elementi fattuali (ed il *witness statement* dovrebbe limitarsi ad un contenuto fattuale del quale il teste ha una conoscenza diretta e che sia rilevante per l'accertamento dei fatti su cui si fonda la controversia) rispetto ai quali vige l'onere della prova devono essere dimostrati nell'ambito del pubblico dibattimento a mezzo di prova orale, il giudice di regola utilizzerà il *witness statement* quale "*evidence in chief*" ossia in sostituzione dell'audizione diretta del teste da parte del legale che lo ha chiamato (*examination in chief*), che avrà luogo solo in casi eccezionali.

Inoltre i legali delle parti, nonostante il teste vada sempre citato, possono chiedere al giudice di utilizzare il *witness statement* direttamente come prova testimoniale (quando ad esempio l'attendibilità del teste non sia in discussione) o, quantomeno, come testimonianza *de auditu* (*hearsay evidence*).⁶⁴ La previgente norma di common law secondo cui l'*hearsay* era generalmente inammissibile è stata di fatto abolita nei procedimenti civili dal Civil Evidence Act 1995 anche la norma delle migliori prove o "*best evidence rule*" ha subito la stessa sorte.⁶⁵ La *hearsay evidence* costituisce una testimonianza di secondo grado o una testimonianza della testimonianza ossia "una dichiarazione resa da una persona diversa da quella che sta rendendo testimonianza orale nel procedimento in cui è resa quale prova dei fatti addotti".⁶⁶ Laddove per "dichiarazione" si intende qualsivoglia rappresentazione di fatti o di opinioni resa in qualsiasi forma.⁶⁷ Si tratta, quindi, di una prova dotata di una valenza persuasiva inferiore a

⁶³ CPR, r 32.2(1).

⁶⁴ CPR, r 32.5(5).

⁶⁵ Tale norma, a mente della quale occorre produrre le prove le più efficaci e le più dirette di un fatto o, in difetto, l'assenza di queste prove deve essere presa in conto è ancora vigente in Irlanda. Ad esempio la miglior prova del contenuto di una lettera, è la produzione della lettera stessa, e non una testimonianza orale del suo contenuto.

⁶⁶ Articolo 1, c. (2)(a) del Civil Evidence Act 1995.

⁶⁷ Articolo 13 del Civil Evidence Act 1995.

quella di un testimone escusso in sede di pubblico dibattimento, ma non del tutto inconsistente. Insomma, mentre astrattamente, il sistema del processo civile inglese sostiene ancora l'idea che il metodo migliore di formazione della prova dichiarativa sia caratterizzato dai requisiti dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio; tuttavia, tale impostazione cede il passo ad un sistema flessibile che ne consente l'ingresso nel procedimento ancorché con una valenza "minore".

Come anticipato unitamente ai *witness statements* vengono predisposti anche gli *expert reports* in cui il consulente tecnico di parte fornisce la propria opinione su degli elementi tecnici o scientifici che suffragano la posizione in giudizio della parte che lo ha incaricato. Laddove una parte non produca nella fase preliminare gli *expert report*, tale documento non potrà essere utilizzata nel dibattimento.⁶⁸

La posizione procedurale del consulente di parte è per molti versi equiparabile a quella di un testimone e, come nel caso dello *witness statement*, l'*expert report* costituisce *evidence in chief*, il cui contenuto e valenza probatoria sono verificati dall'esame incrociato del legale di controparte in sede di dibattimento. Gli esperti sono nominati dalle parti che li portano in giudizio come fonte di conoscenza dei dati scientifici che le parti stesse ritengono utili per la decisione. È allora naturale che ogni parte scelga il consulente disposto a testimoniare in suo favore, e altrettanto naturalmente costui, ancorché un consulente abbia il dovere di mantenere la propria indipendenza, tenderà ad orientare la testimonianza in senso favorevole alla "sua" parte ed in senso contrario a quella avversaria. È poi rimesso al *cross examination* in sede di dibattimento il compito di far emergere quali conoscenze siano attendibili e quali no.

Giova ricordare come nozioni di diritto straniero costituiscano elementi di fatto soggette, pertanto, ad onere probatorio non trovando applicazione al diritto straniero il brocardo *iura novit curia*. Infatti, nella logica *adversarial* dei sistemi di common law rientra nell'onere di chi afferma la rilevanza di una determinata norma provarne l'esistenza (oltre che l'applicabilità nella fattispecie concreta).⁶⁹ Tale onere viene solitamente assolto tramite la testimonianza di un consulente di parte.

⁶⁸ CPR, r 35.13.

⁶⁹ Nella sentenza statunitense di *re Magnetic Audiotape Antitrust Litig.*, 334 F.3d 204 (2d Cir. 2003) ove una parte ha presentato delle dichiarazioni giurate in merito alla più opportuna interpretazione di specifiche previsioni di diritto coreano ancorché non del diritto coreano in generale, il giudice adito ha ritenuto tali elementi probatori insufficienti rifiutandosi, peraltro, di accertare indipendentemente gli elementi sostanziali del diritto coreano "*the dearth of evidence offered by SKM prevents this court from properly considering its request for dismissal based on an issue of foreign law. While courts are not precluded from engaging in their own information gathering with regard to issues of foreign law, we do not believe it is appropriate for this court to do so in these circumstances.*" cfr. para 209 (facendo riferimento al FRCP 44.1).

4.3 Pre-trial review

In prossimità del dibattimento, dovrà essere prodotta dalle parti una lista di verifica (*listing questionnaire* o *pre-trial checklist*). Tale documento consentirà alla corte di decidere se sono necessarie ulteriori indicazioni e sia concretamente possibile fissare la data del dibattimento dando indicazioni sulla durata ipotizzata per lo stesso.

Tale decisione verrà consacrata in un secondo tipo di udienza, detto *pre-trial review*, deputata alla verifica del rispetto delle direttive date del giudice, a fornire alle parti indicazioni sul dibattimento ad es., sull'uso delle tecnologie informatiche o su disposizioni speciali per l'assunzione di prove (solitamente viene concordata nella case management conference una lista di elementi controversi e di posizioni comuni alle parti – la c.d. *Agreed List of Issues and Common Ground*) e a disporre l'articolazione tempistica del dibattimento (ove ciò non sia già avvenuto).

4.4 Dibattimento - Trial

Dibattimento che deve avere una durata congrua. In proposito, recentemente⁷⁰ si è ribadito come sia essenziale garantire che si conceda a tutte le parti una ragionevole opportunità di prendere parte allo stesso. In preparazione allo stesso ciascuna parte dovrà predisporre un documento di sintesi della propria posizione nella controversia (il c.d. *skeleton argument*) nonché un fascicolo essenziale (*core bundle*) contenente i documenti chiave. A tali documenti dovrà accompagnarsi una stima delle tempistiche di studio di quanto prodotto e della durata del dibattimento.

La fase dibattimentale solitamente ha inizio una breve prospettazione (*opening submissions* o *opening statement*) degli elementi chiave della controversia e dei punti dibattuti da parte dei legali delle parti. Si passa poi all'esame delle prove, partendo dai testi attorei (prima i testi di fatto e, a seguire, le testimonianze dei consulenti di parte). Il fatto che il consulente venga a (quasi) tutti gli effetti considerato come un testimone è poi uno degli aspetti che, sul fronte probatorio, maggiormente diversifica i sistemi di civil law da quelli di common law.⁷¹

Come poc'anzi rilevato la testimonianza resa in dibattimento è considerata la forma principe di prova. Pur partendo dal witness statement che costituisce l'*evidence in chief* il teste (cominciando dai testi del ricorrente) viene sottoposto all'esame incrociato (*cross examination*) da parte del legale di controparte avente ad oggetto la testimonianza sui fatti di diretta percezione da parte del teste stesso. Vigè un principio generale che impedisce ai

⁷⁰ Nella sentenza di *Skatteforvaltningen (The Danish Customs And Tax Administration) ("SKAT") v Solo Capital Partners LLP (in special administration) and others* [2023] EWHC 1413.

⁷¹ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, Bologna, 1991, p. 173 ss.

testimoni di esprimere le proprie opinioni con riferimento ai fatti oggetto di causa (tale principio va osservato anche nella predisposizione *del witness statement*). Segue l'escussione degli *expert witnesses*.

Il *cross examination* consente al legale di controparte di valutare l'attendibilità del teste e di contestare immediatamente le fonti di informazione di controparte e così garantire la maggior genuinità possibile della prova. Tale istituto evidenzia la natura "privata" dei risultati probatori portati all'attenzione del giudice che come un arbitro di una manifestazione sportiva dovrà limitarsi a verificare che le parti rispettino "le regole del gioco", con la conseguente esclusione di iniziative d'ufficio. In questa sede si manifesta concretamente il trasferimento dell'onere probatorio (*evidential burden*) in capo a ciascuna parte: una volta che l'attore abbia positivamente superato il suo *evidential burden*, soprattutto con l'ausilio dei testi e consulenti, grava sul convenuto l'onere di ridurre la portata e, se possibile, confutare in toto le prove dell'attore "neutralizzando" per l'effetto i testi e consulenti attorei. Tanto deve avvenire nel rispetto del contraddittorio.⁷²

Il dibattimento si conclude, generalmente, con le considerazioni conclusive (*closing submissions* o *closing statements*) dei legali delle parti. Tale strumento consente di riassumere gli elementi probatori oggetto della controversia dibattimento (*evidential burden*), ribadire la sussistenza dei fatti in questione (*legal burden*) e di minimizzare l'impatto delle tesi o degli elementi di prova di controparte.

Infine, all'esito del dibattimento il Giudice generalmente definisce tutte le questioni controverse, tra cui la responsabilità delle parti, la determinazione del quantum e delle spese legali rimborsabili dalla parte soccombente alla parte vincitrice. Per altro verso, nel rito ordinario multi-track le decisioni circa le spese legali e il loro ammontare, note come *summary assessment of costs*, possono essere determinate in un'udienza ad hoc.⁷³

⁷² "In general a party is required to challenge in cross-examination the evidence of any witness of the opposing party if he wishes to submit to the court that the evidence should not be accepted on that point. The rule applies in civil cases ... In general the CPR does not alter that position. This rule serves the important function of giving the witness the opportunity of explaining any contradiction or alleged problem with his evidence. If a party has decided not to cross-examine on a particular important point, he will be in difficulty in submitting that the evidence should be rejected." H.M. MALEK - J. AUBURN - R BAGSHAW, ET AL, *Phipson on Evidence*, cit., para 12-20; vedasi anche *TUI UK Ltd v Griffiths* [2023] UKSC 48.

⁷³ Le parti devono scambiarsi reciprocamente e fornire al Giudice una nota dettagliata sulle spese sostenute nonché un piano di ripartizione delle stesse. Nella sua decisione il Giudice decide a quale parte accollare le spese legali: la regola generale prevede che la parte soccombente sia condannata al pagamento delle stesse alla controparte, ma anche che la parte vincitrice non può recuperare dalla controparte più di quanto ha speso (*indemnity principle*). Tuttavia, il Giudice gode di ampia discrezionalità nel ripartire le spese in maniera diversa, prendendo in considerazione la condotta delle parti. Se non viene seguito il procedimento di *summary assessment* delle spese legali e qualora le parti non siano concordi sull'importo di tali spese, queste verranno determinate in un procedimento successivo chiamato *Detailed Assessment* dinanzi ad un giudice diverso, noto come *Costs Judge*.

Da quanto poc'anzi prospettato si comprende come il processo inglese, (e come si vedrà anche quello statunitense) assumendo come canone il processo orale, abbia individuato il proprio elemento fondante nell'udienza o, meglio, nel dibattimento che si svolge in quest'ultima. Tale impostazione di fondo (ancorché discendente da considerazioni di natura teorica) deve contrastarsi con la parabola discendente dell'oralità nel processo Italiano all'esito della riforma del processo di cui al D.Lgs. n. 149 del 2022, in favore della prevalenza del modello scritto sulla scorta di una logica asseritamente ispirata dall'esigenza di accelerazione della procedura. Esigenza di efficientamento che pone ai margini anche il rapporto diretto delle parti con il giudice, favorendo, invece, un rapporto a distanza, mediato dalla scrittura degli atti.

Tale diverso contesto connota fortemente anche l'assolvimento dell'onere della prova. Infatti, nel modello inglese il contatto fisico tra il giudice e le parti, i testimoni ecc. appare più efficace, perché cognitivamente adeguato, rispetto alla significativa compressione del dibattimento operata con la riforma Cartabia.

5. Il processo civile (federale) statunitense

Prima di delineare il dipanarsi del procedimento ed il ruolo dell'onere della prova nel processo civile (federale) statunitense viene brevemente tratteggiato il sistema giudiziario federale. Quest'ultimo è articolato sulla base di 94 distretti (*districts*), compresi i territori d'oltremare, organizzati in 12 circuiti regionali (*regional circuits*) e nel Distretto di Columbia (DC). Ad ogni distretto sono associati una district court, dalla competenza generale su materie che rientrano nella giurisdizione federale, ed un tribunale fallimentare (le questioni fallimentari rientrano nella competenza federale). Vi sono, peraltro, anche articolazioni specializzate quali la US Court of International Trade (che si occupa di casi riguardanti il commercio internazionale e le norme doganali) e la US Court of Federal Claims (che si occupa della maggior parte delle richieste di risarcimento danni contro il governo degli Stati Uniti).

Ogni tribunale distrettuale fa parte di un circuito (*circuit*), che ha una Corte d'Appello competente alla disamina di sentenze di tribunali distrettuali situati all'interno del medesimo circuito, nonché le decisioni delle agenzie amministrative federali. Inoltre, la Corte d'Appello per il Circuito Federale ha giurisdizione a livello nazionale su un numero limitato di questioni, tra cui il commercio internazionale, i contratti governativi, i marchi e brevetti. I giudici federali sono nominati dal Presidente e confermati dal Senato e non hanno un'età pensionabile obbligatoria.

Nei tribunali federali statunitensi non esistono requisiti espliciti assimilabili a quelli imposti dai *pre-action protocols*. Tuttavia, nella prassi forense non è raro che le parti si scambino corrispondenza e persino bozze di memorie prima di avviare un procedimento formale.

Una caratteristica fondamentale della fase pre-processuale statunitense è il c.d. *litigation hold* o *preservation notice*. Ove una parte ipotizzi possa aver luogo una controversia, tale soggetto deve adottare delle misure per garantire la conservazione di tutti i documenti potenzialmente rilevanti in tale contenzioso e deve “sospendere la propria policy di conservazione/distruzione documentale e porre in essere un *litigation hold* al fine di garantire la loro regolare conservazione”. Ciò comporta il mantenimento di grandi quantità di dati archiviati elettronicamente.

Negli Stati Uniti l'azione viene promossa depositando un ricorso denominato “*complaint*”, atto che deve essere firmato dal legale dell'attore (*plaintiff*) o dall'attore stesso ove non abbia nominato un avvocato.⁷⁴ Una volta depositato il *complaint*, il tribunale adito emette una citazione (*summons*) diretta al convenuto, indicando l'ora in cui quest'ultimo deve comparire avanti il tribunale.⁷⁵ La citazione deve anche indicare che la mancata comparizione del convenuto comporterà l'emissione di una sentenza “in default”, con la conseguente soccombenza per contumacia del convenuto.⁷⁶

Non è di norma necessario che il *complaint* sia dettagliato ancorché dovrà allegare in giudizio tutti i *material facts* sui quali ritiene si fondi la propria azione. È invece sufficiente un “*notice pleading*”, ossia una dichiarazione breve e chiara che consenta al convenuto di avere cognizione della natura della pretesa. Ogni allegazione deve essere “semplice, concisa e diretta”.⁷⁷ Questo requisito piuttosto flessibile comporta il rischio che vengano promosse delle pretese poco circostanziate o destituite di giuridico fondamento.⁷⁸

Va evidenziato come laddove la frode⁷⁹ costituisca la *causa petendi* del ricorso, la stessa deve essere delineata più nel dettaglio⁸⁰ ancorché l'elemento psicologico, “possa essere addotto in generale”.

A giudizio radicato, sarà sempre l'attore ad avere tanto l'onere di fornire per primo le prove dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti allegati in giudizio, quanto l'onere di persuadere i

⁷⁴ FRCP 3 e 11(a).

⁷⁵ FRCP 4.

⁷⁶ FRCP 4(a).

⁷⁷ FRCP 8(d)(1).

⁷⁸ Recentemente la *Supreme Court* Statunitense in ha precisato che, sebbene non siano necessarie allegazioni dettagliate sui fatti, parte attorea deve “formulare una richiesta di risarcimento che appaia plausibile”. Ciò implica che siano soddisfatti due requisiti minimi: oltre alle conclusioni giuridiche che costituiscono il presupposto del ricorso, devono essere presenti affermazioni di fatto a sostegno dello stesso.

⁷⁹ Concetto che in diritto italiano corrisponde, con qualche approssimazione, alle “dichiarazioni inesatte e reticenze del contraente” di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.

⁸⁰ FRCP 9(b).

giurati della veridicità delle proprie affermazioni in occasione del giudizio di fatto davanti ai medesimi.

Inoltre, le pretese risarcitorie per frode ed anche per quelle relative a danni speciali (*special damages*), il requisito minimo di allegazione è più elevato. Tali rivendicazioni devono essere formulate “con precisione”.⁸¹

Oltre a fornire un’indicazione sulla natura della pretesa, il *complaint* deve contenere anche i presupposti per la competenza del foro adito (sia *ratione personae* quanto al convenuto (*Personal jurisdiction*) che quanto alla pretesa *ratione materiae* (*subject matter jurisdiction*) ed indicare il “rimedio” richiesto al tribunale.⁸²

Una volta ricevuto il ricorso, il convenuto può fornire una risposta scritta alle pretese attoree delineando le proprie difese (*answer*), oppure può avanzare istanza (*motion*) affinché venga definitivamente respinto sulla scorta di uno dei seguenti presupposti: difetto di giurisdizione (*ratione personae* o *ratione materiae*), foro improprio, carenze procedurali o nella notificazione, mancata formulazione di una pretesa, mancata citazione di una parte necessaria.⁸³

Incombe sul convenuto l’onere di provare le difese inerenti alla mancata formulazione di una pretesa da parte attorea⁸⁴ ovvero alla mancata citazione di una parte necessaria al giudizio.⁸⁵ L’attore, invece, a fronte delle difese del convenuto è gravato dall’onere di dimostrare la competenza del foro adito laddove venga invocato un difetto di competenza *ratione personae*,⁸⁶ *ratione materiae*⁸⁷ ovvero una inadeguata notificazione⁸⁸ (posto che nei paesi di common law la notifica costituisce il presupposto per asserire la competenza).

⁸¹ FRCP 9(b) e (g).

⁸² FRCP 8(a).

⁸³ FRCP 12(b)(1) – (7).

⁸⁴ Vedasi sul punto le sentenze *Animal Science Prods., Inc. v. China Minmetals Corp.*, 654 F.3d 462, 469 n.9 (3d Cir. 2011); *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 552 F.3d 430, 434 (6th Cir. 2008); *Ojeda, et al. v. Louis Berger Group, Inc.*, 2021 WL 941875, (D.N.J. Mar. 11, 2021)

⁸⁵ Vedasi sul punto le sentenze *Citizen Band Potawatomi Indian Tribe of Oklahoma v. Collier*, 17 F.3d 1292, 1293 (10th Cir. 1994); *Finsa Portafolios, S.A. de C.V. v. Opengate Capital, LLC*, 2020 WL 7862124, (C.D. Cal. Aug. 19, 2020).

⁸⁶ Vedasi sul punto le sentenze *Bank Brussels Lambert v. Fiddler Gonzalez & Rodriguez*, 171 F.3d 779, 784 (2d Cir. 1999); *Ecogensus LLC v. Pacella*, 2022 WL 874727, (S.D.N.Y. March 24, 2022)

⁸⁷ Vedasi sul punto le sentenze *New Leaf Service Contracts, Inc. v. Gerhard's Inc.*, 2023 WL 2938241, (N.D. Tex. Apr. 13, 2023); *Palomar Health v. American Guarantee & Liability Ins. Co.*, 2021 WL 4035005, (C.D. Cal. Sept. 3, 2021).

⁸⁸ Vedasi sul punto le sentenze *Dickerson v. Napolitano*, 604 F.3d 732, 752 (2d Cir. 2010); *Lisson v. ING Groep NV*, 262 F. App'x 567, 569 (5th Cir. 2007); *Sutter v. Dibello*, 2021 WL 930459, at *7 (E.D.N.Y. Mar. 10, 2021).

A fronte della difesa di “foro improprio”, vi sono, invece, delle pronunce divergenti su chi tra attore⁸⁹ e convenuto⁹⁰ incomba l’onere di dimostrare che il foro sia appropriato o meno.

L’*answer* e/o l’istanza di rigetto devono essere notificate entro 21 giorni dalla notifica del ricorso, anche se nella prassi spesso viene concordato tra le parti un termine più lungo.⁹¹

Fino a questo punto del procedimento, le differenze tra la procedura statunitense e quella inglese sono relativamente poche. La prima distinzione importante tra i due sistemi si verifica nella fase di produzione dei documenti, dove la “*discovery*” statunitense differisce marcatamente dalla “*disclosure*” inglese.

5.1 Discovery

La *discovery* statunitense in termini di tempo e risorse è un processo lungo e dispendioso (costituisce una c.d. *fishing expedition*). L’ambito del materiale che può essere richiesto è molto più ampio di quello previsto dalle norme inglesi (in particolare se confrontato con alcuni dei modelli di disclosure della Commercial Court).

Secondo le FRCP, le parti hanno il diritto di ottenere: “*la discovery di qualsiasi questione non soggetta a privilege che sia rilevante per la rivendicazione o la difesa di una parte e proporzionata alle esigenze del caso, considerando l’importanza delle questioni oggetto del procedimento, l’ammontare della controversia, l’accesso relativo delle parti alle informazioni rilevanti, le risorse delle parti, l’importanza della discovery per risolvere le questioni e se l’onere o il costo della discovery proposta superino o meno il suo probabile beneficio*”. In generale il perimetro del materiale soggetto a discovery è più ampio di quello poi rientrante nel novero degli elementi probatori ammissibili.⁹²

Le FRCP⁹³ stabiliscono i vari meccanismi con cui è possibile richiedere la *discovery*. In particolare, l’obbligo iniziale di fornire (tra l’altro) una “copia - o una descrizione per categoria e ubicazione - di tutti i documenti, le informazioni memorizzate elettronicamente ed i beni materiali di cui la parte divulgante è in possesso, custodia o controllo e che può utilizzare a sostegno delle proprie pretese o difese, a meno che l’uso non sia esclusivamente a scopo di portare un attacco alla credibilità di un soggetto (“*impeachment*”) non richiede una richiesta

⁸⁹ In favore dell’onere incombente su parte attrice di dimostrare che il foro sia appropriato *Piedmont Label Co. v. Sun Garden Packing Co.*, 598 F.2d 491, 496 (9th Cir. 1979); *W. Org. of Resource Councils v. U.S. Bureau of Land Mgmt.*, 2021 WL 718857, (D. Mont. Feb. 24, 2021); *Tatro v. Sterling Jewelers, Inc.*, 2019 WL 1149906, (S.D. Cal. Mar. 12, 2019).

⁹⁰ In favore dell’onere incombente sul convenuto di dimostrare che il foro sia improprio *Post Acute Medical, LLC v. LeBlanc*, 826 Fed. App’x 163, 166 (3d Cir. 2020); *Bockman v. First Am. Mktg. Corp.*, 459 F. App’x 157, 160 (3d Cir. 2012); *Vound Colorado, Ltd. v. E-Hounds, Inc.*, 2022 WL 684834, (D. Del. Mar. 8, 2022).

⁹¹ FRCP 12(a)(1)(A)(i).

⁹² Vedasi FRCP 26(b)(1).

⁹³ Dall’art. 26 all’art. 37.

di *discovery*; deve essere fornita a meno che il caso non rientri in determinate esenzioni o nell'ipotesi in cui il tribunale disponga diversamente.

Il diritto federale statunitense assume una posizione analoga a quella inglese sul *Legal Professional Privilege*. Tale "*privilege*" trova applicazione a fronte di comunicazioni tra persone privilegiate (ad esempio, avvocato e cliente) effettuate in via confidenziale e allo scopo di cercare, ottenere o fornire assistenza legale. A meno che e fino a quando non si rinunci a tale *privilege*, il titolare dello stesso (ad esempio, il cliente) può rifiutare la produzione di comunicazioni privilegiate. Inoltre, viene riconosciuta anche la dottrina del c.d. *attorney work product* (affine al *litigation privilege* inglese), che mette al riparo dalla *discovery* qualsiasi documento predisposto da un avvocato (o da un suo agente/collaboratore) in previsione di una controversia.

5.2 Interrogatories

Nell'ambito del processo di *discovery*, le parti possono scambiarsi elenchi di domande a cui rispondere in forma scritta con l'assistenza dei loro consulenti legali sotto giuramento ("*interrogatories*"). Il limite è di 25 domande, alle quali si deve rispondere sotto giuramento entro 30 giorni (FRCP 33). Sebbene siano in gran parte uguali a quelli inglesi, l'FRCP 33(d) consente a una parte di rispondere a una richiesta in tal senso consentendo a controparte l'ispezione dei propri documenti aziendali, dai quali si può ricavare la risposta "se l'onere di ricavare o accertare la risposta sia sostanzialmente analogo per entrambe le parti". In questo modo, l'onere di reperire le informazioni richieste incombe sulla controparte.

5.3 Depositions

La prassi processuale consente di richiedere che la controparte stessa o altri potenziali testi vengano sottoposti ad un interrogatorio extragiudiziale ("*deposition*"). Le *depositions* dovrebbero svolgersi con le stesse modalità del processo, con l'esclusione della presenza del giudice che nella maggior parte dei casi non si concretizza (anche se il giudice può essere contattato telefonicamente durante la deposizione se le parti non riescono a trovare un accordo su un punto della procedura, ad esempio una questione di *privilege*).

Il deponente deve prestare lo stesso giuramento o affermazione come se la testimonianza fosse resa in dibattimento. L'avvocato depositario interrogherà i testimoni della controparte, mentre l'avvocato difensore vaglierà la ritualità del procedimento se del caso obiettando a domande indebite, analogamente alla *cross-examination* in sede dibattimentale. Le deposizioni vengono di solito video o audio registrate e trascritte. La registrazione e la trascrizione vengono fornite sia al deponente che a tutte le altre parti in causa. L'importanza delle deposizioni sottolinea il ruolo rivestito dalla testimonianza orale quale elemento

probatorio principe. Inoltre, le deposizioni vengono sempre più spesso condotte a distanza telefonicamente o in videoconferenza (soprattutto dopo il COVID-19, anche se la disposizione in tal senso⁹⁴ non è di recente formulazione).

Essendo il deponente assimilabile ad un teste escusso in giudizio, lo stesso può avvalersi delle garanzie del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che sancisce il diritto di non autoincriminarsi. Sebbene una persona non possa essere costretta a deporre o testimoniare contro sé stessa, in ambito civile il soggetto deputato alle decisioni in fatto (giuria o giudice, a seconda delle circostanze) può trarre un'inferenza negativa dal rifiuto di una parte di deporre o testimoniare.⁹⁵

Una volta che si siano svolte la fase di *discovery* e le *depositions*, le parti tendono ad avere una percezione più chiara della posizione delle parti rispetto a soggetti coinvolti in un simile procedimento in Inghilterra. Risulta, pertanto, una prassi comune avanzare un'istanza per la declaratoria di irricevibilità delle pretese avverse – la c.d. *motion to dismiss* (nella prassi frequentemente una tale richiesta viene avanzata dal convenuto).⁹⁶ A fronte della presentazione di tale istanza il giudice adito può accoglierla nell'ipotesi abbia ad oggetto “una difesa insufficiente o qualsiasi questione priva di concreto contenuto, inconferente, non pertinente o oltremodo esagerata”.⁹⁷ Il giudice adito può ritenere irricevibili delle pretese anche motu proprio.

In altri termini viene richiesto al giudice togato, all'esito dell'istruttoria ed in una fase antecedente al dibattimento (e, quindi, al giudizio di fatto) di operare una valutazione preventiva al fine di chiarire, secondo una valutazione prognostica, se le prove presentate a sostegno delle allegazioni fattuali siano idonee o meno a determinare il convincimento dell'organo giudicante (giuria ovvero il giudice medesimo) degli elementi fattuali. Il mancato assolvimento dell'onere di probatorio nell'accezione di *burden of adducing evidence* determina, pertanto, l'arresto del giudizio con l'accoglimento dell'istanza di rigetto. Tanto 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.⁹⁸

⁹⁴ Contenuta nella FRCP 30(b)(4).

⁹⁵ Vedasi sul punto la sentenza di *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308, 318 (1976).

⁹⁶ Anche in Irlanda questa tipologia di istanze, ancorché principalmente ancorate all'inammissibilità di alcuni elementi di prova, un tempo sconosciute sono divenute comuni: cfr. ad esempio *Governor & Company of the Bank of Ireland -v- O'Donnell & Ors* [2012] IEHC 475.

⁹⁷ FRCP 12(f).

⁹⁸ L. DURELLO, *Appunti*, cit., p. 440.

A tale tipologia di istanza si assomma la c.d. *motion for summary judgement*⁹⁹ (una procedura del tutto analoga anche nei presupposti sussiste anche nella procedura inglese¹⁰⁰ ove il giudice potrà provvedere persino ex officio) con cui viene richiesta l'emissione di un provvedimento sommario nell'ipotesi in cui una parte (solitamente l'attore) dimostri che "non via sia una concreta controversia su alcun fatto materiale" e di aver diritto a che si giunga a sentenza. Ai sensi della FRCP 56(c) verrà concesso il summary judgement¹⁰¹ nelle ipotesi in cui, avendo la parte che presenta la motion ottemperato al burden of production,¹⁰² *"dopo un adeguato lasso temporale per la discovery e su mozione, avverso la parte che non fornisca che non fornisca elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza di un elemento essenziale per la sua pretesa, rispetto al quale sarebbe stato gravato dall'onere della prova in dibattimento."*¹⁰³

Si tratta, dunque, di decidere domande ed eccezioni che si fondano su allegazioni di fatto tanto inverosimili da potersi escludere che esse possano venire dimostrate nel corso del dibattimento o che pongono questioni di diritto facilmente risolvibili senza la necessità di seguire l'intera procedura. Il che significa che potranno essere rigettate senza dibattimento solo eccezioni o domande che, pur fondate su allegazioni non inverosimili e giuridicamente concludenti, non trovino alcun riscontro materiale probatorio disponibile (affidavits, witness statements, documenti) e, dunque, non raggiungano neppure una minima soglia di burden of persuasion.

La prassi federale consente anche il summary judgement parziale (ad esempio, su un'unica domanda, difesa o questione legale) al fine di ridurre eliminare una o più delle pretese in discussione.¹⁰⁴

⁹⁹ Di cui alla FRCP 56 a mente della quale *"The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law"*.

¹⁰⁰ Ai sensi delle CPR inglesi alla r. n. 24.3 *"The court may give summary judgment against a claimant or defendant on the whole of a claim or on an issue if— (a) it considers that the party has no real prospect of succeeding on the claim, defence or issue; and (b) there is no other compelling reason why the case or issue should be disposed of at a trial"*.

¹⁰¹ *Anderson v Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242, 252 (1986): *"a summary judgment depends on whether "reasonable jurors could find by a preponderance of the evidence that the plaintiff is entitled to a verdict"*.

¹⁰² *"If the burden of persuasion at trial would be on the non-moving party, the party moving for summary judgment may satisfy Rule 56's burden of production in either of two ways. First, the moving party may submit affirmative evidence that negates an essential element of the nonmoving party's claim. Second, the moving party may demonstrate to the Court that the nonmoving party's evidence is insufficient to establish an essential element of the nonmoving party's claim. . . . If the nonmoving party cannot muster sufficient evidence to make out its claim, a trial would be useless and the moving party is entitled to summary judgment as a matter of law..." Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986).

¹⁰³ *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986).

¹⁰⁴ FRCP 56. In merito la dottrina statunitense rileva che *"the motion for summary judgment has great potential for resolving controversies in which there is no substantial conflict in evidence"*. G. HAZARD, *Civil Procedure*, 3rd ed., Boston-Toronto, 1985, p. 206-207, e 271 ss.

Pertanto, in tali frangenti, come del resto nel processo inglese, il mancato superamento dell'onere della prova a carico di una parte determina l'arresto del procedimento o la caducazione di alcune pretese.

Conseguentemente, l'evidence addotta dalle parti, rispetto al *burden of persuasion*, costituisca il mezzo necessario per assolvere il proprio onere probatorio, il quale, in ultima istanza, continua ad avere ad oggetto solamente i singoli fatti giuridici. Al contrario, rispetto al *burden of production* la produzione dell'evidence è fine a sé stessa, ed è funzionale esclusivamente al superamento dell'ostacolo preliminare del *pass the judge*. Invero, oggetto del *burden of persuasion* sono direttamente i singoli fatti giuridici la cui esistenza o inesistenza deve essere provata, e solo indirettamente lo sono i mezzi di prova. Il *burden of production*, invece, conosce solamente un oggetto diretto, identificabile proprio nei singoli mezzi di prova presentati dalle parti.

5.4 Pre-trial conference

Le parti solitamente si confrontano nell'ambito di un'udienza a carattere organizzativo pre-dibattimentale (*pre-trial conference*)¹⁰⁵ dalle caratteristiche analoghe al *management conference* Inglese. Si tratta, quindi, di un'udienza preliminare a cui partecipano le parti e il giudice (o giudice di pace) per identificare le principali questioni di diritto e di fatto in discussione e per snellire il procedimento di conseguenza. Il giudice in tale udienza può pronunciarsi sulle mozioni, ottenere ammissioni di fatto, prendere decisioni sull'ammissibilità delle prove, eliminare le richieste futili, consolidare cause complesse e così via.¹⁰⁶ Dato che il medesimo giudice che supervisiona la *pre-trial conference* alla fine presiederà il dibattimento, la *pre-trial conference* costituisce uno strumento utile per pronosticare gli esiti del dibattimento, tanto che spesso sfocia nella formulazione di ipotesi transattive.

La *pre-trial conference* (e l'analoga *management conference* inglese) sembrano dare vita alle parole di Fazzolari:¹⁰⁷ "Occorre rendere possibile l'incontro, il colloquio, la cooperazione fra le parti e il giudice, durante tutto il corso della causa".

5.5 Giuria

Una delle distinzioni più significative tra la procedura civile inglese e quella statunitense è il diritto, in un tribunale federale, di optare per un processo con giuria (generalmente composta

¹⁰⁵ Nel processo penale l'imputato ha un diritto costituzionalmente garantito a questa *pre-trial conference*. Durante questa "conference" gli avvocati possono patteggiare.

¹⁰⁶ FRCP 16(c)(2).

¹⁰⁷ E. FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865-1965)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 491 ss.

da 12 membri)¹⁰⁸ ai sensi del Settimo Emendamento della Costituzione.¹⁰⁹ Invero, appare evidente come la presenza della giuria nel processo anglo-americano (la giuria ancorché sia stata storicamente un perno del processo civile inglese è stata, nel tempo abbandonata) abbia influito in modo determinante sui caratteri essenziali dell'oralità e della concentrazione del dibattimento, sulle modalità di formulazione della decisione, nonché, per quanto a noi interessa, sulle tecniche di ammissione e assunzione delle prove. Peraltro, la regolamentazione delle prove è una necessità, poiché essa permette di legittimare, ex ante, il verdetto poi adottato dalla giuria.

Nella prassi processuale statunitense, ciascuna parte ha la possibilità di esaminare i potenziali giurati prima del dibattimento durante il *voir dire* e ha il diritto di effettuare tre “peremptory challenges”, ossia di rifiutare tre potenziali giurati senza doverne indicare il motivo.¹¹⁰ Tuttavia, razza e genere non costituiscono presupposti accettabili per contestare un potenziale giurato, e una parte può opporsi a una *peremptory challenges* ove sospetti che venga effettuata su una di queste basi.¹¹¹ Il verdetto di una giuria federale nelle cause civili deve essere unanime, a meno che le parti non abbiano concordato diversamente.¹¹² Non esiste un gran giurì¹¹³ nei procedimenti civili.

Si tratta di un giudice del fatto deputato a valutare l'assolvimento del c.d. *burden of persuasion* una volta esaurita la fase istruttoria.

Spetta alla giuria, una volta compreso quale spazio decisorio le viene lasciato all'esito della fase predibattimentale deputata alla produzione delle prove (*evidential burden*), decidere quale sia l'esito di una certa pretesa.

In un processo con giuria ciascuna parte ha diritto di interloquire direttamente con i giurati prima della presentazione delle prove e successivamente all'acquisizione delle stesse in dibattimento. Gli opening e i closing statements si inseriscono in tale contesto. I primi intervengono danno avvio al dibattimento, introducono la controversia e sono deputati all'enunciazione delle circostanze fattuali. I secondi, invece, avendo luogo una volta che la giuria abbia visionato le prove ed udito i testi, consentono alle parti di tentare di influenzare la percezione probatoria dei giurati.

¹⁰⁸ La c.d. *Petit Jury*.

¹⁰⁹ Nonché dalla FRCP 38.

¹¹⁰ FRCP 47 e 28 USC 1870 (2003).

¹¹¹ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986) e *JEB v. Alabama ex rel TB* 511 U.S. 127 (1994).

¹¹² FRCP 48(b).

¹¹³ Il Gran Giurì è utilizzato penali e si occupa penali preliminari e valuta le prove presentate dal pubblico ministero per stabilire se esiste una “causa probabile” per ritenere che un individuo abbia commesso un reato e debba essere processato. Se il gran giurì stabilisce che ci sono prove sufficienti, viene emesso un atto di accusa contro l'individuo. È composto da 16-23 gran giurati.

Se una parte, invece, non opta per un processo con giuria, normalmente il procedimento è presieduto da un giudice in composizione monocratica. Quest'ultimo, almeno a livello teorico, riveste il ruolo di un arbitro, indipendente, che assicura che il processo si svolga secondo le regole prescritte dal codice.

Si ritiene che il *burden of persuasion*, inteso nella sua funzione di regola di giudizio si concretizzi in maniera più marcata nel procedimento statunitense, al cospetto di una giuria. Troverà, infatti, applicazione nelle ipotesi in cui i giurati, nel segreto della camera di consiglio, si trovino a discutere sull'evidenza portata dalle parti, non ritenendosi pienamente persuasi di quanto sostenuto dall'una piuttosto che dall'altra.

5.6 L'esame testimoniale

Le parti possono chiamare a deporre i testimoni per qualsiasi questione in merito alla quale siano ritenuti competenti.¹¹⁴ Tuttavia, i testimoni di fatto possono testimoniare solo su eventi di cui abbiano una conoscenza diretta.¹¹⁵ Fatte salve alcune eccezioni, si presume che le prove costituite da *hearsay evidence* siano inammissibili nei procedimenti statunitensi.¹¹⁶

La formulazione di obiezioni nell'ambito delle prove per testi costituisce una caratteristica frequente dei dibattimenti statunitensi e vengono solitamente sollevate dopo che la controparte pone una domanda a un testimone. Tra le obiezioni più comuni vi sono l'irrilevanza della prova, il fatto che il legale che sta compiendo l'interrogatorio ponga dei quesiti che possano indurre il teste ad una risposta predeterminata (*leading questions*) o che possano portare a delle conclusioni anziché ad una prospettazione fattuale (*lawyer is being argumentative*). Il giudice decide immediatamente se accogliere o meno l'obiezione avanzata. A volte la decisione sull'ammissibilità è adottata all'esito di un c.d. *side bar*, un procedimento incidentale in aula ma al di fuori della percezione uditiva della giuria, o laddove vi sia un grado di complessità più elevato il giudice allontana la giuria dall'aula.

Negli Stati Uniti, a differenza dell'Inghilterra, non è necessario essere autorizzati dal tribunale adito per avvalersi di consulenti di parte (*expert witnesses*). Tuttavia, il procedimento deve rientrare tra quelli in cui le conclusioni della giuria dipendono dall'esistenza di fatti che non sono di dominio comune, o uno di quelli in cui le conoscenze richieste dipendono da conoscenze o abilità professionali o scientifiche che non rientrano nella gamma della normale formazione o conoscenza. Se questi requisiti sono soddisfatti, non solo i fatti, ma anche le

¹¹⁴ Rules 601 and 614, Federal Rules of Evidence.

¹¹⁵ FRE 602.

¹¹⁶ FRE 802.

conclusioni a cui portano, possono essere oggetto di testimonianza da parte di consulenti tecnici.

La centralità del ruolo delle parti nella dimostrazione di elementi, fatti o circostanze oggetto di giudizio va contrastata con la realtà processuale Italiana ove, in nome una vera e propria attività istruttoria viene talvolta delegata al consulente tecnico d'ufficio *“allorché, nella sua veste di ausiliario fornisca il proprio apporto di competenze specialistiche al giudice che ne ravvisi la necessità, coadiuvi questo nell'esercizio del suo ufficio e ne integri l'operato rendendo possibile la giustizia del caso concreto e scongiurando così il pericolo di una pronuncia di non liquet”*.¹¹⁷

6. Conclusioni

Al termine di questa breve indagine è possibile svolgere alcune sintetiche riflessioni conclusive.

Va sin da subito rilevato come negli ordinamenti inglese e statunitense, la presenza della giuria all'interno dei processi civili da regola è divenuta piacevole eccezione (rarissima nei processi civili inglesi). A questa sovrapposizione dei ruoli non è tuttavia conseguito anche un mutamento dell'impianto teorico su cui si sono venuti via via ad inquadrare i diversi ambiti di operatività del giudice e della giuria, specialmente rispetto a matters of law e matters of fact. Questa doppia veste del giudice non ha inciso in maniera sostanziale sull'impianto regolamentare del procedimento.

Il processo civile in Inghilterra e negli Stati Uniti (federale) non è certamente ideologicamente orientato alla ricerca della verità materiale ma appare fermamente ancorato alla concretezza probatoria sussumibile nei seguenti principi: (i) l'onere della prova ricade esclusivamente su chi afferma un fatto (*onus probandi incumbit ei qui dicit*); (ii) la valutazione probatoria (grado di convincimento che deve essere raggiunto dal giudice del fatto) si basa sull'uso del criterio probabilistico (*“balance of probabilities”* secondo la terminologia inglese e *“preponderance of evidence”* in quella statunitense); (iii) l'organo giudicante deve valutare l'ampio spettro probatorio e garantire che l'accertamento dei fatti sia basato su tutti i materiali disponibili; (iv) l'organo giudicante deve decidere se il fatto da provare è accaduto o meno;¹¹⁸ (v) l'onere probatorio riveste un carattere del tutto sussidiario, pertanto la situazione deve essere eccezionale perché il giudice possa decidere una questione controversa ricorrendo all'onere della prova (rectius del mancato soddisfacimento dello stesso). Giova, peraltro, ricordare come nei sistemi processuale civili inglesi e statunitensi manchi una categorizzazione dei fatti

¹¹⁷ Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500.

¹¹⁸ Vedasi la sentenza inglese di *Briggs v Drylined Homes Ltd* [2023] EWHC 382 (KB) al capoverso 14.

giuridici come individuata, nel nostro ordinamento, dall'art. 2697 c.c.: tali fatti sono, invece, individuati dalle parti nei rispettivi atti quali elementi necessari della *cause of action* o della *defence*, e, con tale connotazione, costituiscono elemento di valutazione per il giudice al momento della decisione anche in ordine alla distribuzione dell'onere della prova. Vero è che, volendo discostarsi da un'analisi meramente accademica del nostro ordinamento, concretamente l'art. 2697 c.c. costituisce 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, quindi, la qualificazione dei fatti operata in via giurisprudenziale va concretamente ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova.

Invero, con specifico riferimento all'*onus probandi*, nel procedimento civile inglese e statunitense, il dominio dell'iniziativa delle parti nel processo implica che ad esse, e solo ad esse, sia attribuito il compito di segnare i confini della controversia e provare i fatti di lite (*legal burden*), nonché quello di farsi carico dell'*evidential burden*. Laddove il *legal burden*, come nel nostro orientamento, costituisce l'onere della prova quale criterio di giudizio che utilizzato dall'organo giudicante per pronunciarsi all'esito dell'istruttoria. Nell'ipotesi in cui una parte non assolva a tale onere si fa carico del rischio che l'organo giudicante non venga persuaso.

L'*evidential burden* costituisce, invece, una funzione di selezione iniziale propria dell'accertamento istruttorio di cui viene gravata ciascuna parte a sostegno delle rispettive allegazioni fattuali. Allegazioni rispetto alle quali grava un *evidential burden* atomistico. Infatti, mentre negli ordinamenti di *civil law* si è tradizionalmente abituati a considerare l'onere probatorio in modo unitario, nel senso che esso ricomprenderà tutti i fatti costitutivi del diritto soggettivo azionato in giudizio, negli ordinamenti di common law a ognuno di quei fatti giuridici corrisponde un autonomo *evidential burden*.

L'assolvimento dell'*evidential burden*, ancorché elemento indefettibile per consentire una valutazione all'organo giudicante, non comporta l'assolvimento automatico del *burden of persuasion* giacché anche in presenza di prove l'organo giudicante – sia esso un giudice togato o una giuria – potrebbe non raggiungere un convincimento.

Tali elementi costituiscono la chiave di lettura dei processi civili inglesi e statunitensi in tutte le loro fasi siano essi pre-dibattimentali o nell'ambito del dibattimento, essendo anche la bussola per le forme di tutela sommario o semplificata. Peraltro anche la struttura bi-fasica (*pre-trial* e *trial*) dei procedimenti inglesi ed americani sembra ripercorrere gli elementi funzionali all'assolvimento dell'onere probatorio nella sua duplice accezione, ancorché

quest'ultima rivesta una rilevanza più limitata nei processi civili inglesi ove tribunal of law e tribunal of facts coincidono in un unico giudice togato.¹¹⁹

Pertanto, in termini generali, l'onere della prova negli ordinamenti common law dominati dal principio dispositivo assume un ruolo di notevole importanza e vede una marcata accentuazione dell'aspetto del potere (attivo) rispetto a quello del dovere (passivo). È prevalentemente funzionale al conseguimento di un effetto favorevole ad una parte e solo in via sussidiaria strumentale di consentire all'organo giurisdizionale di pronunciarsi nelle ipotesi di mancato soddisfacimento, con il conseguente rigetto delle domande o dell'eccezione ed il mantenimento dello status quo.

La centralità del ruolo delle parti nell'assolvimento dell'onus probandi e, più in generale, nel dipanarsi del processo anglo-americano deve contrastarsi, invece, con la scelta del legislatore italiano di affidare al giudice la possibilità di decidere insindacabilmente le modalità di esplicazione del contraddittorio nella fase successiva alla prima udienza fino all'udienza di rimessione al collegio (art. 189 o 275-bis c.p.c.).

In conclusione, il fatto che l'onere della prova costituisca una chiave di lettura del processo civile implica che è possibile comprenderne la portata solo all'esito di una sua concreta valutazione al termine del procedimento. Tanto è stato efficacemente riassunto dalle parole di Justice Turner nella sentenza inglese di *Pope v The General Dental Council* che viene riproposta quale sintesi conclusiva:¹²⁰

“La metafora della bilancia a due piatti è ... pertinente e, pur correndo il rischio di un'eccessiva semplificazione, può essere utilizzata per illustrare l'applicazione dell'onere della prova nei casi in cui ... lo standard probatorio implichi la valutazione di un elemento controverso tra le parti sulla scorta di un criterio probabilistico.

Le prove a favore di una parte vengono messe su un piatto della bilancia e quelle a favore dell'altra sull'altro piatto. Man mano che la controversia procede, un piatto può salire e l'altro scendere e viceversa. Al termine della prova, la bilancia penderà da un lato o dall'altro o si troverà in perfetto equilibrio. Il fatto che una parte abbia l'onere della prova significa che perderà non solo se il piatto penda in favore dell'altra parte, ma anche nell'ipotesi in cui la bilancia sia in equilibrio.

L'applicazione dell'onere della prova, tuttavia, non comporta attribuire un peso imprecisato al piatto della parte non gravata dall'onere della prova prima dell'assunzione delle prove. L'onere

¹¹⁹ Prima del 2013, in Inghilterra i casi di diffamazione vedevano la presenza della giuria. Una delle funzioni della giuria era quella di decidere il significato naturale e ordinario della pubblicazione. Il Defamation Act 2013 ha invertito la presunzione in favore dei processi con giuria prevedendo, a meno che non venga disposto diversamente (circostanza che ad oggi non si è mai verificata), la presenza del giudice togato (Art. 11).

¹²⁰ [2015] EWHC 278.

della prova ed il relativo standard comprendono i criteri che devono essere applicati a tutte le prove dopo che siano state definitivamente acquisite, per determinare come deve essere considerata una certa pretesa. In quanto tale, l'onere della prova non ha alcun "peso" né nell'analogia con la bilancia né, letteralmente, nel contesto di una questione controversa come elemento di prova in sé. Dire che l'onere rimane sempre a carico di una parte significa semplicemente sottolineare che, per quanto la bilancia possa apparire sbilanciata in una determinata fase del processo, il test da applicare rimane invariato per tutta la durata dello stesso.

Detto diversamente, laddove l'applicazione dell'onere della prova comporti una ponderazione preventiva dei pesi sui piatti della bilancia, tale posizione vizierebbe automaticamente la corretta applicazione dello standard of proof. Se l'onere della prova dovesse avere un qualsiasi "peso", il criterio di prova non potrebbe più essere quello probabilistico, ma quello probabilistico sommato ad un non meglio specificato "peso" che sia stato aggiunto sull'altro piatto da un anticipata applicazione dell'onere della prova."

L'onere della prova è, quindi, in un processo fondato sul principio della domanda, costituisce l'ago della bilancia rispetto alle posizioni che le parti hanno assunto attraverso le loro allegazioni.

Matteo Zambelli

Associato dell' University of West London - School of Law