



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E
SOVRANAZIONALE
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
INDIRIZZO DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PROCESSUALE
CIVILE E DELL'IMPRESA
XXIX CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA NEGLI ORDINAMENTI DI *COMMON LAW*

(s.s.d. IUS/15)

Coordinatrici del dottorato:

Chia.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga

Chia.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

Tutor:

Chia.ma Prof.ssa Elena Merlin

Dottorando:

Dott. Mattia Garavaglia

A.A. 2015-2016

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

LA NATURA DELL'ONERE DELLA PROVA

1. Premessa. La disciplina dei fatti giuridici negli ordinamenti di *common law*.....1
2. La bipartizione del *burden of proof* in *burden of persuasion* e *burden of production*12
3. Il *burden of persuasion* e gli *standards of proof*.....46
4. Il *burden of production*.....74

CAPITOLO II

LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

1. La ripartizione del *burden of proof* tra le parti. Analisi dei *tests* elaborati dalla giurisprudenza. Il criterio tradizionale98
2. Gli altri *tests* elaborati dalla giurisprudenza americana 109
3. Il ruolo del giudice e l'importanza delle istruzioni alla giuria 135
4. Gli effetti riflessi del *burden of proof* sulla disciplina delle presunzioni. *Evidential presumptions* e *persuasive presumptions*..... 155

CAPITOLO III

ANALISI CASISTICA DELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA

1. Introduzione 170

PRIMA SEZIONE
IL DIRITTO DI FAMIGLIA

2. Le impugnazioni di testamento. La prova della *sanity* del testatore..... 173
3. (Segue) La prova della *undue influence* del terzo e della *insane delusion* del testatore 186
4. Le impugnazioni della validità del matrimonio nei *bigamy issues* 196

SECONDA SEZIONE
IL DIRITTO DEI CONTRATTI

5. Le azioni fondate sull'inadempimento contrattuale e la prova del *breach of contract*. I contratti di *bailment*. 214
6. La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni fondate sui contratti di assicurazione: *excepted causes* e *warranty clauses*..... 225

TERZA SEZIONE
LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

7. La ripartizione dell'onere della prova nei casi di *negligence*: regola generale e sue deviazioni. La presunzione di colpa del *carrier* rispetto al danno subito dal *passenger*..... 240
8. La presunzione di colpa del danneggiante in altre fattispecie..... 250
9. La ripartizione dell'onere della prova della *contributory negligence* 254

CAPITOLO I
LA NATURA DELL'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. *Premessa. La disciplina dei fatti giuridici negli ordinamenti di common law.* – 2. *La bipartizione del burden of proof in burden of persuasion e burden of production.* – 3. *Il burden of persuasion e gli standards of proof.* – 4. *Il burden of production.*

1. *Premessa. La disciplina dei fatti giuridici negli ordinamenti di common law.* – Come è intuibile, nessuno studio diretto a fare luce sulle dinamiche della ripartizione dell'onere della prova tra le parti può ragionevolmente prescindere da un inquadramento preliminare della materia dei fatti giuridici. Ciò in quanto si tratta di due diversi aspetti, o momenti, del giudizio di fatto. In altre parole, è chiaro che prima di poter rispondere al quesito di chi dovrà farsi carico dell'onere della prova bisogna stabilire cosa deve essere provato, qual è l'oggetto dei mezzi di prova proposti dalle parti. Solamente in un secondo momento, e a certe condizioni, potrebbe poi rappresentarsi la necessità di dover chiudere il giudizio di fatto alla luce della regola di giudizio fondata sull'onere della prova.

Per queste ragioni, dunque, abbiamo ritenuto opportuno anteporre all'indagine sulla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* una breve premessa relativa ai fatti giuridici. In questo senso, è possibile anzitutto osservare che anche dall'angolo visuale degli ordinamenti angloamericani stabilire gli esatti confini della nozione di «fatto giuridico» è un procedimento complesso, che si articola in due operazioni ben determinate. Si tratta in primo luogo di stabilire quando a un fatto storico, che in sé e per sé considerato è un mero accadimento naturale, sia possibile riconoscere a tutti gli effetti lo *status* di fatto giuridico. Una volta chiarito questo primo punto, è necessario poi distinguere i fatti giuridici in punto di loro «utilizzabilità» da parte del giudice per la decisione della lite. Invero, mentre per alcuni è sufficiente la sola allegazione in giudizio, per altri, e sono quelli che attirano maggiormente la nostra attenzione, oltre alla allegazione si rende necessaria anche una conseguente dimostrazione della loro esistenza, o inesistenza, mediante i mezzi di prova.

Così impostato il discorso, il primo dato da sottolineare è che tanto negli ordinamenti di *civil law*, quanto in quelli di *common law*, un fatto storico può considerarsi anche giuridico, ovvero «*materiab*», quando una norma di legge lo riconduce alla fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo, attribuendogli un ruolo più o meno rilevante nel procedimento logico che porterà poi a considerare come perfezionata la fattispecie stessa (1).

Volendo chiarire meglio quanto abbiamo appena detto ricorrendo ad un esempio, è possibile immaginare il caso di un soggetto che venga investito da un'automobile guidata da una persona con una giacca scura davanti agli occhi di un terzo individuo che assiste illeso a tutta la scena. Dal contestuale verificarsi di tutti questi eventi ci sembra possibile trarre le seguenti considerazioni. Anzitutto, sorge in capo al danneggiato un diritto verso il danneggiante ad ottenere un risarcimento del danno subito, come conseguenza della violazione del generale divieto di *neminem laedere*. Le norme di diritto positivo, come possono essere da noi gli art. 2043 e 2054, cod. civ., stabiliscono che la fattispecie costitutiva di tale diritto al risarcimento del danno si compone di determinati elementi costitutivi, tipicamente la colpa del danneggiante e il nesso di causalità tra questa e la condotta che ha portato al cagionamento del danno, oltre che di determinati elementi *lato sensu* impeditivi. Quindi, alla luce di queste norme, tutti i fatti storici attinenti alla colpa del conducente o al nesso di causalità diventeranno per ciò solo fatti giuridici. Altri fatti storici, invece, non saranno di per sé direttamente rilevanti, ma potranno assumere una rilevanza indiretta qualora, attraverso un ragionamento di tipo inferenziale, sia possibile risalire ad uno dei fatti attinenti direttamente alla colpa del conducente o al nesso di causalità. Si tratta, per rimanere nell'ambito dell'esempio svolto, del fatto che l'automobile, frenando, abbia lasciata un segno sulla strada come conseguenza dell'attrito dei pneumatici sull'asfalto. In questo caso, dal peso dell'auto e dalla lunghezza del segno della

(1) Specularmente, la dottrina angloamericana dice che un fatto può definirsi *material* quando è «*relevant to the claim or defence, as the case may be*»: JACOB, GOLDREIN, *Pleadings: Principles and Practice*, Londra 1990, 47-54. Sulla nozione di *material fact* si veda CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, 2^a ed., St. Paul 1947, 135 e ss.

frenata è possibile calcolare la velocità cui procedeva l'automobile, in modo da specificare ulteriormente il fatto della colpa del conducente. Altri fatti storici poi, come la presenza di un terzo soggetto che ha visto come si è svolta la vicenda, possono essere considerati come fatti giuridici in un senso ancora diverso. Quel fatto, in altre parole, non rileva nemmeno indirettamente ai fini del perfezionamento della fattispecie costitutiva, ma potrà eventualmente assumere rilievo quando, ad esempio, ci si domandi se quel soggetto possa o meno essere sentito come testimone. Infine, ulteriori accadimenti, o circostanze, come il fatto che il conducente indossasse una giacca scura al momento dell'incidente, sono del tutto irrilevanti al perfezionamento della fattispecie del diritto al risarcimento del danno, e non potranno essere considerati come fatti giuridici nel senso che ci interessa. È evidente, pertanto, che oggetto dei mezzi di prova potranno essere solamente i fatti giuridici del primo e del secondo tipo, vale a dire i fatti che, in base alle norme giuridiche, vanno direttamente a comporre la fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo, ovvero anche indirettamente, attraverso un ragionamento inferenziale tipico della prova critica, o indiziaria, che negli ordinamenti angloamericani assume il nome di «*circumstantial evidence*» (2).

Così stando le cose, è chiaro che l'attenzione dell'interprete deve spostarsi direttamente alle norme di diritto sostanziale che tracciano gli schemi delle fattispecie costitutive dei diritti soggettivi, operando quella che potremmo definire come un'opera di «riqualificazione» dei fatti storici in fatti giuridici. Da questo punto di vista è possibile osservare che sussiste una parziale differenza tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law*, derivante da una moltitudine di fattori. Come è noto, in tutti i principali ordinamenti di *civil law* le norme che si occupano di fissare gli elementi delle fattispecie costitutive dei diritti soggettivi sono norme espressamente previste dai testi legislativi. Così, prendendo come termine di raffronto l'ordinamento italiano, la questione dell'individuazione dei fatti giuridici è risolta in via generale dall'art. 2697, cod. civ., il quale

(2) Sulla *circumstantial evidence*, e sui fatti secondari, o «*evidentiary facts*», si veda lo scritto di WHEATON, *Manner of Stating a Cause of Action, in Cornell Law Quarterly* 1935, vol. XX, 185 e ss. I fatti principali, invece, vengono chiamati «*ultimate facts*».

deve poi essere letto in combinato disposto con le singole norme giuridiche rilevanti per il caso concreto. In altre parole, l'art. 2697, 1° comma, cod. civ., quadripartisce in via generale i fatti giuridici in fatti costitutivi, estintivi, modificativi, ed impeditivi, stabilendo sostanzialmente due cose. In primo luogo, si individua un primo gruppo di fatti giuridici, vale a dire quello dei fatti costitutivi, la cui esistenza è necessaria affinché la fattispecie costitutiva possa ritenersi perfezionata; e lo stesso vale, naturalmente, per i fatti costitutivi negativi, la cui inesistenza dovrà considerarsi essenziale ai fini del perfezionamento della fattispecie. Si individua poi un secondo gruppo di fatti giuridici, ossia i fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, tutti accomunati da ciò che non si tratta di elementi essenziali al perfezionamento della fattispecie, bensì di fatti che, se provati come esistenti, ostano al perfezionamento della fattispecie costitutiva, neutralizzandone ogni effetto. In secondo luogo, si stabilisce che l'onere della prova rispetto alla prima tipologia di fatti giuridici dovrà essere posto in capo all'attore, mentre l'onere della prova rispetto alla seconda tipologia di fatti giuridici spetterà al convenuto. Ciò che non è possibile fare attraverso l'art. 2697, cod. civ., peraltro, è stabilire quando un fatto giuridico debba ritenersi costitutivo, ovvero quando debba ritenersi estintivo, modificativo od impeditivo. Tale specificazione viene compiuta da ulteriori norme giuridiche, come gli artt. 2043 e 2054, cod. civ., che, tracciando gli schemi delle singole fattispecie costitutive, stabiliscono anche a quale categoria concettuale debba essere ricondotto ciascun fatto giuridico.

Negli ordinamenti di *common law*, invece, questa opera di riqualificazione dei fatti storici in fatti giuridici ad opera delle norme di diritto sostanziale sembrerebbe essere effettivamente più flessibile, o elastica, in quanto accade con un'insolita frequenza che il medesimo fatto, a fronte di fattispecie casistiche simili, quando non addirittura identiche, venga riqualificato in maniera affatto differente. Secondo un'impostazione della dottrina angloamericana che riteniamo di poter condividere, l'individuazione della fattispecie costitutiva dei diritti soggettivi coinciderebbe con la premessa minore («*minor premise*») di un sillogismo che, combinata con la premessa maggiore («*major premise*»), vale a dire con il precetto di diritto sostanziale che ricollega a certi fatti determinati effetti giuridici,

permetterebbe a chi agisce in giudizio di ottenere la tutela richiesta («*conclusion*») (3). Nel nostro esempio, dunque, la regola di diritto sostanziale cristallizzata nel principio del *neminem laedere* costituisce la premessa maggiore del diritto al risarcimento del danno, mentre la fattispecie costitutiva di questo diritto del danneggiato rappresenta la premessa minore del sillogismo. Ebbene, ciò che differenzia gli ordinamenti di *common law* da quelli di *civil law* è l'elasticità con cui viene delimitata l'estensione della premessa minore di quel sillogismo. Così, riallineandoci al nostro esempio, di regola la colpa del danneggiante viene considerata come un fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno, che deve pertanto essere allegato e provato dal danneggiato, ma a determinate condizioni l'esistenza della colpa del danneggiante può considerarsi presunta, e spetterà a quest'ultimo allegare e dimostrare l'inesistenza di tale fatto giuridico.

Le ragioni che stanno alla base di tale elasticità nell'individuazione del contenuto delle fattispecie costitutive dei diritti soggettivi sono molteplici, e saranno esaminate in modo più approfondito durante tutto il corso del lavoro. Tuttavia, è possibile svolgere qui alcune riflessioni preliminari, partendo dalla terminologia utilizzata negli ordinamenti di *common law* per distinguere i vari fatti giuridici. In questo senso, mentre il concetto di fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo assume il nome di «*cause of action*», i singoli elementi che la vanno a comporre non hanno un nome specifico, come invece accade da noi e negli altri ordinamenti di *civil law* (4). Si parla, invero, di «*critical elements*», di «*factual*

(3) Ci riferiamo a KOFFLER, REPPY, *Handbook of Common Law Pleading*, St. Paul 1969, 87 e ss. Secondo questa dottrina è possibile ottenere la tutela giuridica richiesta se entrambe le premesse di questo sillogismo sono dimostrate: la premessa maggiore, ossia «*the rule of law relied upon by the plaintiffs*», che comunque potrà essere solamente affermata nella domanda, e la premessa minore, «*the combination of facts relied upon by the plaintiffs*». Nel testo si svolge un esempio analogo, relativo al diritto al risarcimento del danno derivante dal danneggiamento di un campo coltivato a mais, dove la premessa maggiore è costituita dal generale precetto di legge sostanziale che vieta di danneggiare la proprietà altrui, e la premessa minore è costituita dalla circostanza che un soggetto abbia colpevolmente danneggiato il campo agendo in un certo modo. In senso analogo si veda DOWDALL, *Pleading "Material Facts"*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1928-1929, vol. LXXVII, 945 e ss.

(4) La nozione di *cause of action* viene definita da CLARK, *The Cause of Action*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1933-1934, vol. LXXXII, 354, come «*a group or aggregate of operative facts giving ground or occasion for judicial action*». Su questo concetto e sugli altri che abbiamo usato nel testo, si vedano WHEATON, *The Code "Cause of Action": its Definition*, in *Cornell Law Quarterly* 1936, vol.

premises», di «*propositions of fact*», e di «*essential elements*», per individuare i fatti giuridici considerati come essenziali al perfezionamento della fattispecie costitutiva. All'opposto, gli altri fatti giuridici, idonei ad operare un effetto *lato sensu* ostativo al perfezionamento della stessa, vengono ricondotti al più generale concetto di «*affirmative defense*» (o «*defence*», nell'inglese parlato e scritto nel Regno Unito). Può non essere privo di interesse notare che lo stesso termine viene utilizzato anche per indicare l'attività difensiva del convenuto fondata sui fatti di questo tipo, ossia l'eccezione; non a caso alle *affirmative defenses* si contrappone la semplice contestazione dei fatti allegati dall'attore, che in quegli ordinamenti prende il nome di «*general denial*» (5). In ogni caso, ci sembra chiaro che già ragionare sul problema della giuridicità dei fatti storici facendo riferimento a due sole categorie concettuali agevola senz'altro l'idea per cui il medesimo fatto possa essere alternativamente ricondotto all'una o all'altra, in considerazione delle circostanze del caso concreto o, più spesso, come si vedrà, di ragioni di *policy* e di *fairness* dell'ordinamento inteso nel suo complesso.

Un altro fattore idoneo ad incidere sul fenomeno di cui stiamo parlando è la natura prettamente casistica del diritto sostanziale degli ordinamenti di *common law*. Come è noto, il diritto degli ordinamenti angloamericani è principalmente frutto di un paziente procedimento di *judicial legislation*, che consente di mantenere il diritto positivo in uno stadio di costante evoluzione. Questo, in sostanza, contribuisce a rendere tutte le norme giuridiche dell'ordinamento, comprese dunque anche quelle deputate a tracciare gli schemi delle fattispecie costitutive dei diritti soggettivi, più facilmente suscettibili a modifiche e

XXII, 1, 1 e ss., HARRIS, *What is a Cause of Action?*, in *California Law Review* 1928, vol. XVI, 6, 459 e ss., e, in una prospettiva storico-comparatistica, BUCKLAND, *Cause of Action: English and Roman*, in *Seminar Jurist* 1943, vol. I, 3, 3 e ss. Dalle pagine di quest'ultimo contributo, in particolare, emerge chiaramente la corrispondenza tra la *cause of action* degli ordinamenti di *common law* e la *causa petendi* degli ordinamenti di *civil law*.

(5) Così facendo, peraltro, si finisce per individuare il fatto su cui si fonda l'eccezione con l'eccezione stessa, generando in ultima istanza non poca confusione su questo punto. Ne costituirebbe un chiaro esempio quello che dice spesso la giurisprudenza americana, ossia che un certo fatto deve ritenersi «costitutivo» di una *affirmative defense* del convenuto, così come altri fatti sono costitutivi della *cause of action* dell'attore.

cambiamenti rispetto agli ordinamenti di *civil law* (6). Ciò non esclude, tuttavia, che anche negli ordinamenti di *common law* vi siano alcune norme di diritto scritto che stabiliscono con precisione quali fatti giuridici debbano essere considerati in ogni caso come *essential elements* della *cause of action* dell'attore o, più spesso, come *affirmative defenses* del convenuto (7).

Un'ulteriore causa di tale flessibilità del procedimento di riqualificazione dei fatti giuridici, infine, sembrerebbe potersi rintracciare nel ruolo determinante che compete alle parti e al giudice già nella fase dei «*pleadings*». Con questo termine ci si riferisce ad una fase preliminare del giudizio, diretta a circoscrivere sin dall'inizio del processo i principali snodi giuridici della controversia, evidenziando con chiarezza e sinteticità quali sono i *material facts* sui quali le parti intendono fondare le rispettive difese (8). Il termine con cui si suole identificare questa fase preliminare del *trial* angloamericano è mutuato dai due principali atti difensivi delle parti, o *pleadings*, che sono per l'attore, la «*declaration*» (o «*statement of claim*», nel Regno Unito), e per il convenuto la «*defense*». A fianco di questi due principali *pleadings* si contano un numero elevatissimo di atti di replica, quali «*reply*», «*counterclaim*», «*defense to counterclaim*», e via dicendo.

Per quanto concerne i poteri delle parti in questa fase preliminare del processo angloamericano, questi, assieme alla stessa disciplina dei *pleadings*, possono considerarsi come il prodotto di una particolare filosofia che governa il processo civile negli

(6) Si confronti a tal proposito quanto sostenuto da S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal* 1984, Vol. XXIX, 480, i quali ben sottolineano che è possibile spostare «*an affirmative defence over into the the cause of action or make any element of the cause of action into an affirmative defence*». Come avremo modo di vedere in seguito, questa considerazione trova costante conferma anche nella giurisprudenza. Su questi temi si veda poi JACOB, GOLDREIN, op. cit., 10 e ss.

(7) Si consideri in tal senso la Rule 8 delle *Federal Rules of Civil Procedure* americane, la quale prevede un elenco piuttosto articolato di *affirmative defenses* che devono essere allegare in giudizio e provate dal convenuto. Si ricomprende, fra l'altro: *accord and satisfaction, arbitration and award, assumption of risk, contributory negligence, duress, estoppel, failure of consideration, fraud, illegality, injury by fellow servant, laches, license, payment, release, res judicata, statute of frauds, statute of limitations e waiver*.

(8) A parte le opere citate alle note precedenti, per approfondire questo argomento rinviamo a STEPHEN, *A Treatise on the Principles of Pleadings in Civil Actions*, Washington D.C. 1919, 82 e ss., e a SHIPMAN, *Handbook of Common-Law Pleading*, 3^a ed., St. Paul 1923, 490 e ss.

ordinamenti di *common law*: un'ideologia individualista, *adversarial*, diretta ad elevare al massimo il principio di autoresponsabilità processuale. In quest'ottica, la dottrina ha avuto modo di sottolineare come le parti, nel momento in cui si apprestano ad agire o difendersi in giudizio, possono liberamente farsi una propria idea su quella che potrebbe essere la *cause of action* del diritto soggettivo azionato, stabilendo a proprio giudizio l'estensione della premessa minore del sillogismo e, dunque, definire se un fatto giuridico debba essere considerato come costitutivo o come *affirmative defense*, eventualmente anche discostandosi dai precedenti giurisprudenziali esistenti sul punto (9). Tale ampia libertà conosce un contrappeso in ciò che solitamente l'onere della prova segue l'onere di allegazione («*burden of pleading*»), nel senso che una parte ha l'onere di provare ciò che ha allegato in giudizio. Così, se l'attore allega in giudizio un fatto credendo che si tratti di un elemento costitutivo della propria *cause of action*, dovrà poi sopportarne anche l'onere della prova; ma se proprio per avere un carico probatorio meno oneroso decida di non allegarlo in giudizio, il rischio è quello di vedersi rigettata la domanda sulla base del motivo per cui non è stata dimostrata

(9) Si consideri in tal senso quanto affermato da CLARK, op. cit., 135, il quale, dopo aver premesso che il giudizio sulla giuridicità o meno di un fatto dipende da tutte quelle che sono le circostanze del caso concreto («*the question whether a particular fact is or is not material depends mainly on the special circumstances of the particular case*»), ha poi riconosciuto espressamente la centralità del ruolo delle parti nella specificazione dei fatti storici in fatti giuridici. La parte, si dice, «*must apply his knowledge of the law, and his common sense, to the facts stated in his instructions, and decide for himself which he must plead and which he can safely omit*»; ciò in quanto, rispetto alla giuridicità dei fatti storici, salvo l'esistenza di precedenti, non è tendenzialmente possibile rifarsi ad alcuna regola generale: «*no general rule can be laid down*». In senso conforme, si vedano STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, cit., 273 e ss., WARD, *The Tort Cause of Action*, in *Cornell Law Quarterly* 1956, vol. XLII, 35-47, e KOFFLER, REPPY, op. cit., 542, che parlano a tal proposito di una «*irregularity of pleading*». Anche COOK, «*Facts*» and «*Statements of Fact*», in *University of Chicago Law Review* 1937, vol. IV, 233 e ss., osserva che il diritto sostanziale degli ordinamenti di *common law* non chiarisce, salvo alcuni dati principali, qual è l'effettivo perimetro della fattispecie costituiva dei diritti soggettivi, sì che, in sostanza, non viene approfondito il vero punto principale della questione («*the crux of the matter*»): vale a dire, l'effettiva estensione della premessa minore del sillogismo, che le parti saranno pertanto pienamente libere di fissare, in piena adesione alla logica *adversarial* del processo. Invero, come osserva Cook, alla domanda dell'individuazione della fattispecie costitutiva dei diritti soggettivi si possono potenzialmente dare «*tante risposte quanti sono i soggetti interessati a fornire una risposta*» («*as many answers might be given as there are persons who attempt an answer*»). Su tutti questi argomenti si veda anche ID., *Statements of Fact in Pleading Under the Codes*, in *Columbia Law Review* 1921, vol. XXI, 416 e ss.

l'esistenza di un elemento costitutivo della sua *cause of action* (10). Da questo punto di vista bisogna poi considerare che anche al giudice spettano determinati poteri di intervento nella preliminare fase dei *pleadings*, seppur di estensione più ridotta rispetto a quelli delle parti. Fra le altre cose, egli ha la facoltà di far presente alle parti che, a suo avviso, un certo fatto giuridico deve essere allegato in giudizio in quanto elemento costitutivo della domanda o dell'eccezione, eventualmente assegnando un termine per la sua rituale allegazione (11).

Nonostante su tutti questi punti avremo modo di tornare successivamente, potrebbe tuttavia rivelarsi utile fare sin da ora degli esempi che dimostrino come spesso, nella giurisprudenza americana, lo stesso fatto giuridico a volte viene considerato come un elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore, mentre altre volte viene considerato come un fatto fondante una *affirmative defense* del convenuto; il che, naturalmente, non potrà che influire profondamente sulla problematica della ripartizione dell'onere della prova e sulla vicina materia delle presunzioni.

È questa tipicamente la situazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale. In questi casi, la regola generale è che spetta all'attore l'onere di allegare e provare in giudizio la colpa del convenuto («*negligence*») in quanto elemento costitutivo della sua domanda risarcitoria. Tuttavia, a determinate condizioni, come quando in conseguenza di tale ripartizione dell'onere della prova il danneggiato verrebbe a trovarsi in una posizione eccessivamente sfavorevole dal punto di vista istruttorio, diventando per lui troppo difficile o comunque oneroso fornire la prova della colpa del danneggiante, i giudici hanno spostato tale fatto giuridico dalla categoria degli elementi costitutivi della

(10) Sul concetto di *burden of pleading*, che avremo comunque modo di approfondire successivamente in quanto strettamente collegato al *burden of proof*, si veda il contributo di REINERT, *The Burdens of Pleading*, in *University of Pennsylvania Law Review* 2014, vol. CLXII, 1767 e ss.

(11) Con riferimento ai poteri del giudice di intervenire sui *pleadings* delle parti, si parla in via generale di «*direction*» del *judge*: CLARK, op. cit., 306 e ss. Come specificano JACOB, GOLDREIN, op. cit., 211 e ss., la parte più consistente di tali poteri è quella che gli permette di «*enforce the rule of pleadings by striking out or amending pleadings*», vale a dire respingere o, per l'appunto, imporre alle parti di modificare gli stessi. Conformemente JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, 3^a ed., Boston-Toronto 1985, 145.

cause of action dell'attore a quella delle *affirmative defenses* del convenuto, stabilendo che spetta a quest'ultimo l'onere di provare l'assenza di colpa, dimostrando di aver tenuto una condotta irreprensibile. Nel caso in cui venga in rilievo anche un profilo di concorso di colpa dell'attore («*contributory negligence*»), poi, la giurisprudenza americana è da sempre divisa in due orientamenti antitetici, entrambi fondati su valide argomentazioni e limpidi ragionamenti, oltre che essere avallati da autorevoli precedenti e dai contributi della dottrina. Così, in alcune giurisdizioni si sostiene che l'inesistenza di tale fatto giuridico sia un elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore, mentre in altre si dice, all'opposto, che sarebbe la sua esistenza ad essere una *affirmative defense* del convenuto.

Fuori dei casi di *negligence*, altri esempi di quanto diciamo nel testo si possono trovare fra l'altro nella materia testamentaria e, specialmente, nei giudizi di impugnazione di testamento olografo, rispetto alla capacità di intendere e di volere di colui che ha steso il testamento («*sanity*»). Mentre secondo la giurisprudenza di alcuni Stati l'esistenza di tale fatto giuridico è elemento costitutivo della pretesa ereditaria dell'erede testamentario, che peraltro assume in questo tipo di giudizi le vesti del convenuto, in altre giurisdizioni accade l'esatto opposto, e si onera colui che impugna il testamento della prova dell'inesistenza della *sanity* del testatore, in quanto si tratterebbe di una *affirmative defense*.

Chiarito dunque quando un fatto storico possa ritenersi anche giuridico, e riprendendo il discorso iniziale per cui oggetto di allegazione e di prova possono essere solamente i fatti giuridici, occorre ora chiudere questa breve introduzione facendo un'ultima precisazione. In effetti, non tutti i fatti giuridici che vengono allegati dovranno per ciò solo anche essere provati, poiché alcuni potranno essere presi in considerazione dal giudice e posti fondamento della decisione senza che sia necessario provare la loro esistenza o la loro inesistenza. In questo senso, possiamo dire che dovranno essere provati tutti i fatti giuridici allegati in giudizio, ad esclusione dei fatti che appartengono alla «*judicial notice*» e di quelli che vengono riconosciuti espressamente o tacitamente dalla controparte («*admission*»). Che è poi quello che accade anche da noi e negli altri ordinamenti di *civil law*, dove vige la regola per cui i fatti pacifici e i fatti notori possono essere posti a fondamento della decisione senza che sia necessario provarli, purché siano stati ritualmente allegati in

giudizio (12). Quindi possiamo concludere affermando che i mezzi di prova sono diretti a dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti giuridici contestati. Negli ordinamenti di *common law* si parla a tal proposito di «*facts in issue*».

(12) Per un inquadramento generale della materia del notorio e di quella dei fatti non contestati negli ordinamenti di *common law*, si veda nuovamente JACOB, GOLDREIN, op. cit., 55 e ss.

2. *La bipartizione del burden of proof in burden of production e burden of persuasion.* – Assieme a questo inquadramento generale sulla disciplina dei fatti giuridici negli ordinamenti di *common law*, l'altro argomento che è necessario affrontare in via preliminare attiene più propriamente all'ambito concettuale dell'istituto dell'onere della prova, che in quei sistemi processuali assume il nome di «*burden of proof*».

Nonostante si tratti di un argomento di studio veramente affascinante, la più tradizionale dottrina manualistica inglese e statunitense, ad eccezione dei voluminosi trattati in materia di *Evidence*, lo dà quasi per scontato, non dedicandogli più di una manciata di pagine, mentre da noi sembra essere stato affrontato in modo sufficientemente ampio solamente da Taruffo, nella sua giustamente famosa monografia sulla rilevanza della prova (13). In effetti, una parte abbondante di quel fascino sembra

(13) Senza alcuna pretesa di esaustività, per quanto riguarda la dottrina americana è da sempre considerata come fondamentale l'opera di WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^a ed., Boston 1940, specialmente i voll. I e IX, che, seguendo l'esempio di diversi scrittori angloamericani, ci limiteremo a citare semplicemente come *Evidence*. Si vedano inoltre le monografie di STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, 2^a ed., rist., St. Louis 1879; JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit.; MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, 2^a ed., St. Paul 1907; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, 2^a ed., St. Paul 1978; HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, 3^a ed., Chicago 1907; ARCHER, *The Law of Evidence*, Boston 1919; CONRAD, *Modern Trial Evidence*, St. Paul 1956; TRACY, *Handbook on the Law of Evidence*, 5^a ed., Englewood Cliffs 1962; BLUME, *American Civil Procedure*, Englewood Cliffs 2005; RICHARDSON, *The Law of Evidence*, 8^a ed., Brooklyn-New York 1955; MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, Chicago 1947; MORGAN, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation*, New York 1956; LAWSON, *The Law of Presumptive Evidence*, Colorado 1982. Per quanto riguarda la dottrina inglese, invece, è necessario tenere principalmente in considerazione CROSS, TAPPER, *Evidence*, 12^a ed., rist., Oxford 2013; PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, 11^a ed., Londra 1980; PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, 16^a ed., Londra 2005, e NOKES, *An Introduction on Evidence*, 3^a ed., Londra 1962.

Peraltro, la dottrina di *common law*, e specialmente quella americana, risulta essere particolarmente prolifica nella pubblicazione dei propri contributi sulle riviste scientifiche di settore. In questo senso, riguardo il *burden of proof*, è possibile consultare sin da ora FISK, *Burden of Proof*, in *University of Cincinnati Law Review* 1927, vol. I, 3, 257-287; S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of Columbia Law Review* 1999, vol. XXXIII, 1, 75-89; MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, in *North Carolina Law Review* 1926, vol. V, 291-310; MOON, *A Proposal to Simplify Virginia Burdens of Proof*, in *George Mason University Law Review* 1989-1990, vol. XII, 1-34; MARKHAM, *Why A "Burden Of Going Forward"?*, in *North Carolina Law Review* 1937, vol. XVI, 1; BROWNING, *The Burden of Proof in a Paternity Action*, in *Journal of Family Law* 1987, vol. XXV, 2; DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review* 1972, vol. XXV, 1151-1181; S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit.; SHERWYN, HEISE, *The*

derivare dal fatto che in quegli ordinamenti l'istituto dell'onere della prova è suddiviso in due entità affatto distinte tra loro. Si tratta del c.d. «*burden of persuasion*», da un lato, e del c.d. «*burden of production*», dall'altro lato, spesso declinati in un autentico pelago di differenti nomenclature che certamente non contribuiscono a fare chiarezza sull'inquadramento generale della materia (14).

Gross *Beast of Burden of Proof: Experimental Evidence on How the Burden of Proof Influence Employment Discrimination Case Outcomes*, in *Arizona State Law Journal* 2010, vol. XLII, 3; KAPLOW, *Burden of Proof*, in *The Yale Law Journal* 2012, vol. CXXI, 4, 738-859; FREED, *Cooperative Federalism Post-Schaffer: the Burden of Proof and Preemption in Special Education*, in *Brigham Young University Education and Law Journal* 2009, 1; ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, in *University Law Review* 1895, vol. II, 1, 59-79 e in BOSTWICK, BAIRD, KATZENBERGER, PERKINS, TOPPING, *The Brief of Phi Delta Phi*, Lancaster 1899-1900, vol. II, 220-225; ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, in *Harvard Law Review* 1892-1893, vol. VI, 3, 125-137; FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, in *Yale Law Journal* 1967-1968, vol. LXXVII, 880-935; POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Lawyer* 1938, vol. XIV, 10, 445-451; REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, in *Illinois Law Review* 1941-1942, vol. XXXVI, 703-726; MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, in *American Law Review* 1875, vol. X, 642-664; STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, in *The Law Quarterly Review* 1944, vol. LX, 262-284; HAMMOND, *Memorandum opinion for the classification review committee, Department of Justice*, in AA. VV., *Opinions of the Office Legal Counsel of the United State Department of Justice*, Washington 1981, vol. II, 172 ss.; MCNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion*, in *Harvard Law Review* 1955, vol. LXVIII, 8, 1382-1391; WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, in *Tennessee Law Review* 1927, vol. V, 2, 76-91, e, infine, BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, in *Vanderbilt Law Review* 1960-1961, vol. XIV, 807-830.

Per quanto riguarda Taruffo, il contributo ricordato nel testo è naturalmente *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970, 118-121. Un fugace cenno al tema della ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti angloamericani si ritrova anche in TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. XIII, Torino 1995, 73.

(14) Tutta la dottrina angloamericana è concorde nell'individuare l'antesignano della tesi della bipartizione del *burden of proof* in THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898: una monografia che, qualche anno dopo, Wigmore celebrerà come «*epoch-making*» (WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 271, in nota). Di Thayer riteniamo poi indispensabile consultare almeno anche le seguenti opere: THAYER, *Selected Cases on Evidence at the Common Law*, Cambridge 1892; ID., *Presumptions and the Law of Evidence*, in *Harvard Law Review* 1889-1890, vol. III, 4, 141-166; ID., *The Burden of Proof*, in *Harvard Law Review* 1890-1891, vol. IV, 2, 45-70, e ID., «*Law and Fact*» in *Jury Trials*, in *Harvard Law Review* 1890-1891, vol. IV, 4. Si consideri, inoltre, l'approfondita indagine sulla nascita e sullo sviluppo della giuria, ID., *The Jury and Its Development*, pubblicata in tre tempi sempre sulla prestigiosa *Harvard Law Review* 1891-1892, vol. V: la prima parte nel sesto fascicolo, alle pagine 249-273, la seconda nel settimo fascicolo, alle pagine 295-319, e l'ultima parte nell'ottavo fascicolo, alle pagine 357-388.

Tale particolarità, naturalmente, non può che rappresentare un profilo di notevole interesse per il giurista di *civil law*, tradizionalmente abituato a confrontarsi con una concezione unitaria dell'istituto dell'onere della prova, come lascia chiaramente intendere da noi l'art. 2697, cod. civ. (15). Così stando le cose, è evidente che il punto di partenza di uno studio sulla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* non potrà che essere quello di un'indagine che faccia chiarezza sulle cause che hanno condotto alla scissione dell'onere probatorio, un concetto che, giova ricordarlo, nella tradizione di ogni altro sistema processuale è stato sempre considerato come unitario. A tal fine, anche volendosi limitare a tracciare un primo profilo introduttivo della questione dell'onere della prova negli ordinamenti angloamericani, anticipando il meno possibile delle conclusioni che si raggiungeranno solo successivamente, riteniamo indispensabile porre subito in luce almeno due dati principali.

Anzitutto, il *burden of proof*, nel suo primo significato di *burden of persuasion*, viene inteso dalla giurisprudenza e della dottrina angloamericana più o meno allo stesso modo in cui il principio dell'onere della prova viene inteso da noi e negli altri ordinamenti di *civil law*. Si tratta, cioè, del classico discorso del principio dell'onere della prova come regola di giudizio, vale a dire come tecnica normativa che permette al giudice di definire la lite in ogni caso, anche qualora al termine dell'istruttoria alcuni fatti non risultino essere del tutto provati; e, naturalmente, si tratterà di altrettanti casi in cui la decisione sarà necessariamente sfavorevole alla parte che non ha assolto il proprio onere probatorio. Nel suo secondo senso, invece, il *burden of proof* assume un significato molto diverso da quello appena visto, ma, crediamo, non assolutamente sconosciuto nemmeno negli ordinamenti

(15) Con riferimento alla dottrina italiana, la bibliografia sull'argomento, come si sa, è sterminata. Al fine di avere chiare le problematiche dell'onere della prova così come sono state affrontate in Italia, riteniamo indispensabile quantomeno il rinvio ai seguenti contributi: MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova 1966; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Roma 2013; ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano 1988, 579 e ss.; TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., 65 e ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino 2010; LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Rivista di diritto processuale* 1948, I, 154 e ss.; CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Rivista di diritto processuale* 1967, 407 ss., e CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Rivista di diritto processuale civile* 1925, I, 3 ss., oltre, naturalmente, a tutta la letteratura manualistica.

di *civil law*. Il *burden of production*, vale a dire, non è che un eufemismo per esprimere un'esigenza sentita nel diritto processuale di ogni luogo e di ogni tempo: l'individuazione della parte che deve in un certo senso alimentare per prima il motore della «macchina della giustizia» (16), iniziando ad introdurre in giudizio l'*evidence* che sarà necessaria per dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti allegati. L'analisi dei criteri e dei profili che devono – o dovrebbero – essere presi in considerazione per la concreta individuazione del soggetto onerato di questo diverso carico probatorio, quali la natura giuridica dei fatti allegati, il «verso» dell'affermazione (negativa o positiva), l'operare di presunzioni, la vicinanza della parte alla prova e così via, sono tutti profili sui quali avremo modo di tornare successivamente lungo tutto il corso del lavoro.

Già a questo punto, peraltro, si sarà legittimati ad avere il sospetto – o quantomeno la sensazione – che, in realtà, questi due distinti tipi di *burden* siano due facce di una medesima medaglia. Proprio per questo motivo, prima di entrare nel merito dell'indagine sul fondamento della bipartizione del *burden of proof* potrebbe dimostrarsi sicuramente utile andare a vedere come la dottrina angloamericana si rapporta al problema dell'onere della prova considerato nel suo complesso, considerato, si intende, da un punto di vista di teoria generale del diritto (17).

(16) Abbiamo parafrasato il titolo del bellissimo libro di JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, 3^a ed., Cambridge 1960.

(17) Su questo punto si rinvia il lettore a S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 468-480. Sulla centralità riconosciuta all'istituto dell'onere della prova rispetto alla teoria generale del diritto è possibile fare riferimento alle pagine di S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 75-89, ove si sottolinea che non è la disciplina dell'onere della prova ad essere un aspetto particolare della *law of evidence*, ma, al contrario, sarebbe proprio quest'ultima – oltre, addirittura, alla legge sostanziale considerata nel suo complesso: «*everything in the law*» – ad essere un aspetto dell'onere della prova: che, appunto, finirebbe per dominarla tutta («*from top to bottom*»), essendo esso stesso il «concetto centrale della legge». Più in generale, secondo ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, cit., 125, sarebbe proprio attraverso la concreta soluzione che si ha intenzione di dare al problema della ripartizione dell'onere probatorio – oltre a quello attiguo delle presunzioni – che «una considerevole parte della legge sostanziale *diviene effettivamente riconoscibile*» (enfasi nostra: «*a considerable part of the substantive law gets into recognized existences*). Solo grazie allo studio dell'onere della prova, vale a dire, è possibile *accorgersi* dell'esistenza di una parte della legge sostanziale dell'ordinamento, che, altrimenti, sarebbe destinata a rimanere nascosta alla nostra vista. Nel medesimo senso, è possibile confrontare anche il contributo di C. WEXLER, *On Burdens, of Proof and Otherwise: Lord Wilberforce's Use of the Phrase "Prima Facie"*, in *The Cambrian Law Review* 1992, vol.

In questo senso, il primo punto che si rimarca con forza in dottrina è una convinzione che è stata spesso sostenuta anche da noi: il problema dell'onere della prova e, in ultima istanza, quello della persuasione del soggetto deputato a prendere una decisione in merito ad una determinata questione, non è un'esclusiva del settore legale, né tantomeno di quel suo ramo rappresentato dal diritto processuale. Al contrario, si tratterebbe di un problema che ha a che fare con la logica comune, o «*mere logio*» (18), e che, proprio per questo, si presenta quasi allo stesso modo nella vita di tutti i giorni, venendo avvertito dalla comunità sociale complessivamente considerata (19). Tuttavia, si

XXIII, 62 e ss. Questo discorso, a nostro avviso, ricorda molto quello fatto qualche anno dopo in Italia da PEKELIS, voce *Azione* (teoria moderna), in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, vol. II, 91-108, contributo poi ripubblicato inalterato venti anni dopo nel *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1957, vol. II, 30-44, a proposito della natura giuridica del diritto d'azione. Anche in quell'occasione, sulla scorta di una monumentale indagine storiografica intorno alla dottrina tedesca del XVIII e del XIX secolo, diretta soprattutto a rivalutare il pensiero di Hegel, di Hasse e di Kierluf, si finì per riconoscere al diritto d'azione un ruolo assolutamente primario a scapito dei diritti sostanziali. Questi ultimi, invero, non sarebbero altro che meri effetti riflessi, semplici ombre proiettate dal diritto d'azione: «che pur ne è la fonte, la condizione e il presupposto».

Altra parte della dottrina angloamericana, invece, ha criticato duramente questa posizione privilegiata riconosciuta al principio dell'onere della prova nella teoria generale del diritto. Fra tutti, è sufficiente qui ricordare DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1153, il quale, pur senza disconoscere le esigenze pratiche che stanno alla base dell'onere della prova e che in un certo senso lo giustificerebbero, sostiene che tale concetto esiste a livello teorico solamente perché, a partire dagli studi di Thayer, tutta la dottrina e la giurisprudenza hanno continuato a darne per presupposta la sua esistenza, senza domandarsi veramente che cosa sia o a cosa serva. Se lo avessero fatto, si dice, si sarebbero certamente accorti che da un punto di vista funzionale esso non assolve al compito per il quale è stato teorizzato ma, anzi, farebbe qualcosa di diverso, e lo farebbe pure male, creando in ultima istanza molta confusione sul generale funzionamento della legge («*the concept of the burden of proof exists on a theoretical level because we believe it does ... On a functional level ... the concept does not do what it is supposed to do, but does do something else ... Furthermore, what it does is bad ... and badly confuses the law*»). Partendo da queste premesse, Dworkin finisce naturalmente per ricongiungersi a quella parte della dottrina che disconosce *tout court* vuoi l'utilità pratica, vuoi la stessa esistenza di una bipartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*. Su questo atteggiamento «negazionista» avremo occasione di tornare successivamente nel corso del presente paragrafo e nei successivi.

(18) L'espressione è mutuata da WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 272.

(19) Così WIGMORE., op. cit., vol. IX, 272 e ss.; S. WEXLER, EFFRON, *Burden of proof and cause of action*, cit., 468-469, e, da noi, PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, 2^a ed., Torino 1883, 95 e ss. Tuttavia, la funzione principale del *burden of proof*, inteso nel suo primo e più tecnico significato di *burden of persuasion*, sembra essere effettivamente un'esclusiva del diritto processuale ed è anzi idonea a segnare il confine tra questo e le scienze naturali, dove pure la effettiva tenuta di una teoria o di un'ipotesi deve essere dimostrata attraverso

impone subito come necessaria una precisazione. In effetti, non sembra revocabile in dubbio che nella teoria generale del diritto e, specialmente, in quella del diritto delle prove, il concetto di «onere» venga ad assumere connotazioni assolutamente peculiari. Più in particolare, è stato correttamente osservato che mentre nella vita di tutti i giorni ciascun soggetto è libero di fissare in piena autonomia le sue «*propositions of persuasion*», vale a dire i dati che occorrerà dimostrare per persuadere il soggetto deputato a decidere in merito a una determinata questione, nella realtà giuridica e, specialmente, in quella processuale, queste «proposizioni di persuasione» sono fissate direttamente dalla legge sostanziale (20).

Ma fuori e prima di tutte queste considerazioni, quello che crediamo sia qui importante sottolineare è che negli ordinamenti di *common law* la teoria generale dell'onere della prova nel suo complesso sembra effettivamente trarre la propria linfa dal «diritto

prove ed esperimenti. In altri termini, l'idea che la prova di un fatto sia *inconclusive*, tale cioè da costituire il presupposto che permetterà poi al giudice di decidere ricorrendo alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova, fuori dal terreno del diritto processuale sarebbe una tautologia priva di ogni significato semantico proprio perché solo nel processo al soggetto deputato di decidere la lite viene imposto di deciderla in ogni caso, anche a fronte di prove *inconclusive*, non essendo più ammissibili decisioni di *non liquet*. Su questi punti si confronti quanto sostenuto da S. WEXLER, *Burden of proof, writ large*, cit., 75, S. WEXLER, EFFRON, op. cit., 468-480, e C. WEXLER, *On Burdens, of Proof and Otherwise: Lord Wilberforce's Use of the Phrase "Prima Facie"*, cit., 61. Anche per tutti questi motivi riteniamo pienamente condivisibili la posizione di quella dottrina che ha sottolineato con forza il carattere fortemente antiepistemico della prova giuridica e, in generale, di ogni disciplina istruttoria. Ci riferiamo qui a CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Rivista di diritto e procedura penale* 2008, 947 e ss., e ID., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale* 2010, 2 e ss.

(20) Rispetto al funzionamento delle «*propositions of persuasion*» in un contesto non giuridico, WIGMORE, op. cit., vol. IX, 272-273, fa l'esempio del promotore finanziario che deve convincere un potenziale investitore ad acquistare le proprie azioni o i propri strumenti finanziari, a discapito di quelli dei concorrenti. In questo caso, osserva Wigmore, è ovvio che gli argomenti da portare all'attenzione dell'investitore, argomenti di cui andrà dimostrata la concreta esistenza (o inesistenza) al fine di persuaderlo e ottenere il suo investimento, saranno diversi a seconda di una molteplicità di variabili: disponibilità economica, conoscenza del mercato, *status* sociale e lavorativo, propensione al rischio, e così via. Ma, e questo è il punto principale del discorso, il promotore finanziario esperto prima di formulare una vera e propria proposta di investimento individuerà in anticipo, in piena libertà, i migliori argomenti da portare all'attenzione del potenziale investitore. Quest'ultimo, naturalmente, accetterà la proposta di investimento solamente allorché si sia persuaso della effettiva esistenza (o inesistenza) delle *propositions* portate dal promotore finanziario. Al contrario, in un contesto giuridico-processuale i dati che occorrerà dimostrare al fine di persuadere il giudice o i giurati della fondatezza delle proprie affermazioni sono solamente i fatti giuridici.

vivente» del contesto sociale, storico e culturale di riferimento (21). Come ebbe occasione di affermare un giurista inglese in un famoso passo del 1794, «*the rules of Evidence are founded in the charities of religion, in the philosophy of nature, in the truths of history, and in the experience of common life*» (22).

(21) In questo senso già WIGMORE, op. cit., vol. IX, 278 e ss., sosteneva che «non esiste e non potrebbe nemmeno esistere un principio generale che *a priori* stabilisca universalmente come distribuire i carichi probatori tra le parti in causa», proprio perché si tratta di una questione di *policy* e *fairness*, basta sull'esperienza di una collettività sociale culturalmente e storicamente determinata («*there is, then, no one principle, or set of harmonious principles, which afford a sure and universal test for the solution of a given class of cases ... the logic of the situation does not demand such a test; it would be useless to attempt to discover or to invent one ... There are merely specific rules for specific classes of cases, resting for their ultimate basis upon broad reason of experience e fairness.*»). Su questa intrinseca flessibilità della ripartizione dell'onere della prova nel diritto di *common law*, che sarebbe direttamente influenzabile dalle esigenze di *policy* e di *fairness* del contesto sociale di riferimento, oltre alla bibliografia citata alle note successive si confrontino i seguenti contributi: S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 76 e ss.; DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1165 e ss., specialmente a pagina 1177; SHERWYN, HEISE, *The Gross Beast of Burden of Proof: Experimental Evidence on How the Burden of Proof Influence Employment Discrimination Case Outcomes*, cit., 927 e ss.; GORSKE, *Burden of Proof in Grievance Arbitration*, in *Marquette Law Review* 1960, vol. XLIII, 2, 135-179; KAPLOW, *Burden of Proof*, cit., 746-749; FREED, *Cooperative Federalism Post-Schaffer: the Burden of Proof and Preemption in Special Education*, cit., 103-110; HERTENSTEIN, *Assigning the Burden of Proof in Due Process Hearings: Schaffer v. Weast and the Need to Amend the Individuals with Disabilities in Education Act*, in *UMKC Law Review* 2006, vol. LXXIV, 4, 1043 e ss.; C. WEXLER, *On Burdens, of Proof and Otherwise: Lord Wilberforce's Use of the Phrase "Prima Facie"*, cit., 60 e ss.; MCCORMICK, *Charges of Presumptions and Burden of Proof*, cit., 303 e ss. Peraltro, è stato sostenuto che questa caratteristica non sarebbe un'esclusiva dell'onere della prova, ma la si ritroverebbe anche negli altri *legal burdens* tipicamente processuali, come l'onere di allegare certi fatti in giudizio, l'onere di notificare la domanda a certe parti, l'onere di produrre certi documenti, e via dicendo. Invero, quando la legge decide che una parte dovrà sobbarcarsi un *legal burden*, al contempo sta favorendo la controparte. Ma tale scelta, si dice, non rappresenterebbe altro che la sintesi di altrettante *policy decisions* compiute dal legislatore in merito alla «distribuzione degli oneri e dei benefici della vita sociale». Per un approfondimento della questione dei *legal burdens* si rinvia a S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 468 e ss.

(22) Il passo riportato nel testo è tratto dall'arringa che Lord Erskine tenne in occasione del celebre *Hardy's Trial*, 24 How. St. Tr. 200 (1794), ed è citato sia da WIGMORE, op. cit., vol. I, a pagina 290, sia da THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 508-511. In senso conforme si veda poi il bellissimo passo di HOLMES, *The Common Law*, Londra 1882, 1: «*The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.*». Successivamente anche THAYER, *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 146, avrà modo di dire che «*the law of evidence is the creature of experience rather than logic, and we cannot escape the necessity of tracing that experience.*».

In altre parole, a causa di una moltitudine di fattori, che vanno dalla presenza della giuria al ruolo attivo riconosciuto al giudice di *common law* nella creazione del diritto attraverso il sistema del precedente (c.d. «*judicial legislation*»), si è consolidata l'idea che il diritto positivo, in sé e per sé considerato, molto spesso non riesca a risolvere – ma probabilmente sarebbe più corretto dire: *non possa* risolvere – tutti gli intricatissimi problemi pratici derivanti dalle mille peculiarità che possono caratterizzare in concreto la vicenda storica portata all'attenzione del giudice. Si ritiene, dunque, che in aiuto del diritto positivo, sovente troppo rigido, debba allora soccorrere quello ben più flessibile che abbiamo definito come «diritto vivente» e che, in sostanza, consiste nell'ideale di giustizia proprio della collettività sociale in seno alla quale si svolge il processo, ideale di giustizia che sarà giocoforza storicamente e culturalmente – ma, a volte, anche territorialmente – determinato.

Emblematica, a questo proposito, ci sembra essere stata l'evoluzione storica della ripartizione dell'onere della prova con riferimento all'azione di *nuisance*, che era un'azione a tutela del diritto di proprietà diretta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da atti disturbativi di vario tipo, come le immissioni di fumi o di rumori, l'ostruzione di luci e di vedute, e via dicendo. Storicamente l'azione di *nuisance* deriva dal medesimo *writ* di un'altra azione dell'antico diritto inglese, ossia quella di *Assize of novel disseisin*. Mediante questa azione il proprietario di un fondo, che allegava in giudizio di essere stato privato del possesso del medesimo, poteva domandare immediatamente la reintegrazione nel possesso, riservandosi in un futuro procedimento di dimostrare la effettiva sussistenza del suo diritto di proprietà. Avendo in comune lo stesso *writ* dell'azione di *novel disseisin*, l'azione di *nuisance* finì per dividerne anche l'impostazione relativa all'allocatione dell'onere della prova. In entrambe le azioni, cioè, era sempre l'attore a dover provare, rispettivamente, l'illegittimità dello spossessamento, presupposto per la immediata reintegrazione nel possesso, o l'illiceità dell'atto compiuto, presupposto per ottenere il risarcimento del danno cagionato in conseguenza del medesimo. Peraltro, a differenza dell'azione di *novel disseisin*, l'azione di *nuisance* presentava una particolarità: la presenza di un elemento discrezionale, vale a dire la preliminare soluzione della questione di cosa

debba effettivamente intendersi per «danno ingiusto». Dire che l'elemento dell'ingiustizia del danno è discrezionale, significa dire che è l'espressione di un bilanciamento di interessi. Invero, a differenza di ogni atto che interferisce con il libero godimento di un bene da parte di chi lo possiede, che è di per sé ingiusto, non tutti i danni cagionati da attività compiute sulla proprietà fondiaria confinante sono di per sé ingiusti e, pertanto, risarcibili, poiché alcuni possono essere giustificati da altre esigenze, di pari livello o addirittura superiori rispetto alla tutela del diritto di proprietà.

Il primo caso di *nuisance* di cui si ha traccia sembrerebbe essere una decisione del 1611, *Aldred's Case* (23). In quell'occasione l'attore citò davanti all'assise di Norfolk il proprietario del fondo adiacente, domandando la sua condanna al risarcimento del danno derivato dalla costruzione di un porcile («*house of hogs*») esattamente a fianco della sua abitazione, che diventò presto inabitabile a causa degli odori nauseabondi che ne fuoriuscivano. Il convenuto si limitò a professarsi come «*not guilty*» («non colpevole»), osservando solamente che «un uomo non dovrebbe avere l'olfatto così delicato da non sopportare l'odore dei maiali» («*one not ought to have so delicate a nose, that he cannot bear the smell of hogs*»). Nonostante il riferimento del *defendant* a tale massima di esperienza, indubbiamente espressione di una intrinseca verità propria della società inglese di quel tempo, la domanda dell'attore fu accolta in quanto la nuova opera del convenuto fu considerata come idonea a far venir meno la *delectatio inhabitantis*, uno dei quattro requisiti di abitabilità delle case inglesi di quel tempo (assieme a *habitatio hominis, necessitas luminis e salubritas aeris*). Peraltro, quello che è qui importante sottolineare è che la domanda fu accolta proprio in conseguenza dell'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova rispetto alla qualità di «giusto» o di «ingiusto» del danno cagionato dal convenuto. Invero, sulla premessa che è una regola «di legge e di ragione» («*rule of law and reason*») quella per cui *prohibetur ne quis faciat in suo quod nocere possit alieno: et sic utere tuo ut alienum non laedas*, il giudice ha stabilito direttamente che era onere del convenuto dimostrare che il danno cagionato all'attore poteva trovare qualche giustificazione

(23) *Aldred's Case*, 77 E.R. 816, K.B. (1611), citato nella ricchissima raccolta di precedenti giurisprudenziali di COKE, *Reports*, Londra 1777, vol. V, 103-108.

economica nella sua attività professionale di allevatore, ma, al contrario, egli si è limitato a difendersi con una mera contestazione (professandosi come *not guilty*), senza riuscire così ad assolvere il suo onere probatorio. A partire da *Aldred's Case*, tutti i successivi giudizi di *nuisance* hanno visto sempre la medesima ripartizione dell'onere della prova, per operare della massima appena vista. Anzi, a ben vedere le cose, l'onere probatorio del proprietario che agiva in *nuisance* si è progressivamente alleggerito. In almeno un caso, ad esempio, è stato stabilito che il *plaintiff*, oltre a non dover provare la colpa del convenuto, non doveva nemmeno provare di aver subito un danno tutte le volte in cui il danno stesso poteva apparire come evidente, in operazione della massima *lex non requirit verificare quod apparet curia* (24).

Questa situazione sarebbe destinata a mutare radicalmente tra la seconda metà del 1700 e il 1800, in concomitanza con il progressivo sviluppo della rivoluzione industriale inglese. È evidente che una tutela della proprietà a tutto tondo, come quella adottata nel caso *Aldred's* e in quelli che lo hanno seguito, sarebbe stata del tutto incompatibile con le nuove esigenze produttive dell'imminente sviluppo industriale. Si trattava, in sostanza, di fare lo stesso bilanciamento tra due interessi conflittuali che fa ancora oggi il nostro art. 844. 2° comma, cod. civ., ossia il bilanciamento tra le ragioni della proprietà e le esigenze della produzione. In questo senso, già in due casi risalenti ai primi anni del 1700, *Jones v. Hammond* (25), e *Tenant v. Goldwin* (26), entrambi i *defendants* eccepirono, peraltro senza successo, che per ottenere il risarcimento del danno all'attore in *nuisance* occorreva provare qualcosa di più del solo titolo e del danno subito: si doveva provare, vale a dire, che il convenuto era in qualche senso un «*wrongdoer*», già prefigurandosi un profilo relativo all'elemento soggettivo della colpa. In tutti i casi successivi, invece, i giudici riquificarono direttamente la distribuzione del carico probatorio nelle azioni di *nuisance*, cercando di restringere il più possibile l'applicazione della massima *prohibetur ne quis faciat in suo quod nocere possit alieno: et sic utere tuo ut alienum non laedas*, al fine di consentire l'utilizzo dei fondi

(24) *Baten's Case*, 77 E.R. 810, K.B. (1612).

(25) *Jones v. Hammond*, 92 E.R. 2, K. B. (1702).

(26) *Tenant v. Goldwin*, 92 E.R. 222, K.B. (1704).

che, per quanto pregiudizievole alle proprietà confinanti, fosse comunque necessario, o utile, proprio dal punto di vista dello sviluppo economico e industriale del territorio. Così, in una decisione del 1752, *Fishmongers' Co. v. East India Co.* (27), l'attore si è visto rigettare la domanda di *nuisance*, diretta ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla ostruzione di due finestre a causa della costruzione industriale eretta dal convenuto, sul presupposto per cui «non è sufficiente dire che così si altererebbe la luce dell'attore, poiché altrimenti non si potrebbe più costruire nulla in alcun angolo della città» («*it is not sufficient to say that it will alter the plaintiffs' lights, for then no vacant piece of ground could be build on in the city*»). Successivamente, in un caso del 1865, *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (28), la giuria venne istruita dal giudice nel senso di considerare i fatti di causa «nel rispetto di tutte le circostanze, comprese quelle relative al contesto storico e locale» (enfasi nostra: «*consider the facts ... all the circumstances, including those of time and locality*»), tenendo presente che «nelle contee dove si sono iniziate grandi opere e si continua a lavorare, le persone non possono stare immobili sulle loro posizioni derivanti da diritti assoluti e agire in giudizio per ogni piccolo fastidio alla loro proprietà, perché, altrimenti, il *business* generale del Paese ne sarebbe gravemente compromesso» («*in counties where great works had been created and carried on, persons must not stand on their extreme rights and bring actions in respect of every matter of annoyance, for if so, the business of the whole country would be seriously interfered with*»). I giurati pronunciarono un verdetto nel senso che l'attività industriale del convenuto doveva considerarsi da questo punto di vista lecita, e la domanda dell'attore fu rigettata poiché egli non era riuscito a persuaderli dell'ingiustizia del danno subito.

La storia dell'azione di *nuisance* dimostra, a nostro avviso, come la ripartizione dell'onere della prova sia un potente strumento attraverso il quale diventa possibile ricondurre il diritto positivo alle *social attitudes* proprie di una determinata società, in un preciso contesto storico. Che il godimento di un'abitazione o di un fondo potesse essere danneggiato da un'attività *lato sensu* industriale intrapresa sul fondo confinante era chiaro sin dal caso *Aldred's*. Quello che è stato avvertito solamente con l'avvento della rivoluzione

(27) *Fishmongers' Co. v. East India Co.*, 21 E.R. 222, K.B. (1752).

(28) *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping*, 21 E.R. 232, Chancery (1865).

industriale, invece, è che non tutti i danni derivanti da attività industriali potevano considerarsi di per sé ingiusti: alcuni dovevano ritenersi giustificati dalle esigenze della produzione scaturenti dalla nuova realtà economica inglese del 1800. Da questo punto di vista, dunque, un'inversione della ripartizione dell'onere della prova dell'ingiustizia del danno ha permesso ai giudici di recepire nel processo queste nuove necessità economiche e sociali della collettività, permettendo così di rinsaldare il legame tra il diritto positivo, divenuto ormai inattuale, e il diritto «vivente» del nuovo contesto storico-economico di riferimento. Dovrebbe essere chiaro, in altre parole, che se nelle azioni di *nuisance* si onera il convenuto di provare che il danno cagionato non è ingiusto, allora si decide di preferire la tutela del diritto di proprietà allo sviluppo della nuova realtà industriale. Al contrario, proprio quando lo sviluppo economico-industriale diventa la nuova priorità per tutta la collettività intesa nel suo complesso, diventerà più giusto, o più conveniente, imporre all'attore di dimostrare la colpa del convenuto nel cagionare il danno e, di conseguenza, l'ingiustizia del medesimo. In questo senso, dunque, si è detto che «l'onere della prova è lo sfondo della legge sostanziale, l'espressione delle *social attitudes*»; e, nel caso dell'azione di *nuisance*, «il modo in cui la società ripartisce l'onere della prova esprime la sua posizione verso l'inquinamento e lo sviluppo industriale» (29).

Considerato tutto quello che si è detto, sembra effettivamente sostenibile l'idea per cui l'onere della prova non sarebbe che un mezzo attraverso il quale le *social policies* di un determinato contesto sociale riescono a fare il proprio ingresso nel processo. Ripartendo l'onere probatorio in favore di una parte piuttosto che di un'altra, sarebbe cioè possibile riconciliare il diritto positivo da applicare alla «vicenda di vita» dedotta in giudizio a ciò che la comunità sociale di riferimento, nel medesimo caso, percepisce come giusto, come sbagliato, come inopportuno, come eccessivamente oneroso, come irrazionale, come conveniente da un punto di vista economico, e così via. Si tratta, in sostanza, del

(29) Così S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 77: «*the way society assigns the burden of proof expresses its attitude toward pollution and industrial development*». Volendo approfondire la ricostruzione storica dell'evoluzione dell'azione di *nuisance*, anche dal punto di vista della sua diretta discendenza dallo stesso *writ* dell'azione di *novel disseisin*, si rinvia invece a S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 473-478, e alla bibliografia ivi citata.

perno argomentativo attorno al quale ruota la teoria delle c.d. «*stop-gap rules*» (letteralmente, «regole annulla-distanza») (30).

(30) In breve, secondo questa dottrina, una modulazione flessibile della ripartizione dell'onere della prova tra le parti potrebbe portare a un ideale compromesso tra la «giustizia procedurale» («*procedural justice policy*»), ossia il rigido rispetto delle regole del processo per ottenere una decisione che solo per questo sarà «tendenzialmente giusta» («*justice in the average case*»), e la «giustizia nel caso concreto» («*particular justice policy*»), vale a dire il piegamento delle regole processuali alle peculiarità proprie della vicenda storica portata all'attenzione del giudice, al fine di ottenere una decisione che sia «concretamente giusta». In quest'ottica, dire che la ripartizione dell'onere della prova è flessibile significa che per il suo tramite è possibile per il giudice colmare la distanza («*gap*») sussistente tra il diritto positivo e quello che, rispetto al caso concreto, le esigenze di giustizia proprie della collettività sociale di riferimento reputano come giusto, come ingiusto, come opportuno, e via dicendo. Uno dei casi più celebri che hanno visto l'applicazione della teoria delle *stop-gap rules*, è *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, deciso davanti alla Corte Suprema della California nel 1948. In occasione di una battuta di caccia, dopo che l'attore si era arrampicato su di una collina, egli e i due convenuti venivano a trovarsi idealmente come ai tre vertici di un triangolo: questi ultimi uno di fronte all'altro, e l'attore equidistante da entrambi. Improvvisamente, una quaglia si alzò in volo da un cespuglio, volando nella direzione dell'attore. Entrambi i convenuti spararono contemporaneamente alla quaglia, finendo peraltro per colpire l'attore, il quale rimase ferito da due proiettili. Incardinato il giudizio per ottenere il risarcimento del danno, fu da subito evidente che per l'attore sarebbe stato del tutto utopistico assolvere al tradizionale onere probatorio dei casi di *negligence*. Dato che i convenuti avevano fucili perfettamente identici, non era possibile risalire dai proiettili al fucile dal quale erano stati esplosi, sicché, in ultima istanza, diventava impossibile individuare quale dei due convenuti avesse colpevolmente sparato all'attore, ferendolo. Ciò nonostante, in primo grado il giudice accolse la domanda di risarcimento del danno seguendo questo ragionamento: le ferite riportate dall'attore sono diretta conseguenza del comportamento dei convenuti, che hanno entrambi sparato nella medesima direzione senza prendere in considerazione il rischio di colpirlo; pertanto, entrambi hanno colposamente cagionato il danno subito dall'attore. In altri termini, si affermò che quando il danno è stato cagionato da due persone, in concorso tra loro o meno, la parte danneggiata può beneficiare di un'inversione dell'onere probatorio rispetto alla colpa di uno o di entrambi i convenuti in quanto la colpa stessa deve ritenersi presunta fino a prova contraria. La decisione di primo grado, una volta impugnata, venne confermata sia in appello, sia dalla Corte Suprema della California. Quest'ultima, a tal proposito, osservò molto chiaramente che applicando alla vicenda in esame le ordinarie regole in tema di ripartizione del *burden of proof* nei casi di *negligence* si rischierebbe di lasciare che l'attore «si trovi ad essere senza tutela giuridica» («*plaintiff is remediless*»), nonostante che entrambi i convenuti abbiano effettivamente sparato nella sua direzione senza prendere adeguatamente in considerazione il rischio colpirlo, e che il danno subito da quest'ultimo derivi direttamente da tale negligenza. In casi come questi, afferma la Corte, vi sarebbero delle manifeste ragioni di *policy* e di *justice* che imporrebbero di invertire l'onere probatorio rispetto alla colpa dei convenuti: «essi sono entrambi *wrongdoers* – entrambi colpevoli verso l'attore. Essi hanno posto in essere una situazione in cui la colpa di uno di loro ha ferito l'attore, pertanto starà a ciascuno di loro di dimostrare la propria assenza di colpa» («*they are both wrongdoers – both negligent toward the plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, hence it should rest with them each to absolve himself if he can*»). Ora, seguendo la dottrina delle *stop-gap rules* si

dovrà dire, crediamo, che in *Summers v. Tice* tutti i giudici, da quello di primo grado fino alla Corte Suprema, hanno di fatto creato una nuova regola di diritto sostanziale, più aderente ai profili anche sociologici della vicenda dedotta in giudizio, attraverso una diversa ripartizione dell'onere della prova. Si confrontino in questo senso gli scritti di FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, cit., 894 e ss., il quale anzi sottolinea che, in realtà, già le norme relative alla preliminare fase dei *pleadings* vengono scritte «con occhio vigile alle *policy demands*»; di GAUSEWITZ, *Presumptions in a One-Rule World*, in *Vanderbilt Law Review* 1951-1952, vol. V, 324-343; e di BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1919-1920, vol. LXVIII, 4, 307-321, specialmente a pagina 311, ove si riconosce tra l'altro che la possibilità, per il giudice, di intervenire sulla legge sostanziale in questo senso, sarebbe necessaria proprio per «rendere il diritto positivo applicabile anche in contesti sociali diversi, per renderlo accettabile da una mutata opinione pubblica» («*to make law livable under changed conditions, to make it tolerable to a changed public opinion*). Il risultato concreto di tale intervento del giudice sulla ripartizione dell'onere della prova fu quello di permettere al *plaintiff* di vincere una lite che, altrimenti, avrebbe certamente perso proprio a causa del mancato assolvimento del suo onere probatorio, pronunciando così una decisione effettivamente conforme alle ragioni di *policy*, di *justice* e di *reason* proprie della collettività sociale di riferimento. Attraverso una modulazione *ad hoc* della ripartizione dell'onere della prova è dunque possibile colmare nel caso concreto le lacune sussistenti tra il diritto positivo e il «diritto vivente», trovando appunto un giusto compromesso tra *procedural justice* e *particular justice*. Quale sia, tra il *burden of persuasion* e il *burden of production*, l'onere probatorio che in concreto viene traslato da una parte all'altra al fine di ottenere una decisione più conforme alle esigenze di giustizia sociale, è una questione particolarmente complessa, sulla quale ci riserviamo di tornare successivamente nel prosieguo del lavoro.

La teoria delle *stop-gap rules* è stata criticata da chi, come DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1167 e ss., resta fermo sulle posizioni più ortodosse per cui le regole processuali esistono esclusivamente per facilitare l'applicazione del diritto sostanziale, e «quando la corte crea una nuova regola di diritto sostanziale attraverso la manipolazione dell'onere della prova ... crea uno stato di cose intollerabile, in cui due differenti regole sostanziali vengono a governare la medesima situazione» («*when a court makes substantive law by manipulating the burden of persuasion ... creates an intolerable condition in which two conflicting substantive rules govern the same situation*»); sì che l'onere della prova risulta essere in definitiva una subdola «*mask for substantive law change*». Ora, a parte il fatto che questo assunto parte dal presupposto, non dimostrato, che le regole relative alla ripartizione dell'onere della prova abbiano effettivamente natura di regole processuali, e non siano invece esse stesse regole sostanziali, a noi pare che questa critica alla teoria delle *stop-gap rules* non sia che uno degli inevitabili riflessi delle ben note opinioni di Dworkin circa l'intrinseca inutilità dell'istituto del *burden of proof* nel suo complesso. Proprio per tale motivo, siamo convinti che essa non colga pienamente nel segno per diverse ragioni. Soprattutto, crediamo che un'applicazione flessibile delle regole relative alla ripartizione del carico probatorio, lungi dal portare allo scenario paradossale in cui la medesima situazione risulti essere contemporaneamente disciplinata da due distinte regole sostanziali, permetta al giudice di disapplicare quella che è meno conforme, o più distante, rispetto a quelle che sono le effettive *social attitudes* del contesto sociale di riferimento, storicamente determinato. E questo, come avremo modo di dimostrare lungo tutto il corso del lavoro, fa sì che il prodotto dell'attività giurisdizionale sia una sentenza più giusta anche dal punto di vista della *particular justice policy*.

Sulle modalità con le quali tale fenomeno si verifica, e, soprattutto, sull'importantissimo ruolo che in questo contesto assume il potere del giudice di istruire i giurati sul contenuto che dovrà rispecchiare il verdetto, si tornerà successivamente. Per il momento invece, volendo concludere questo discorso, è nostra intenzione sottolineare come proprio lo studio della problematica della ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* possa costituire un'efficace cartina tornasole di due dati importanti, riscontrabili in generale anche fuori dell'ambito concettuale del diritto delle prove e, soprattutto, riscontrabili anche negli ordinamenti di *civil law*. Anzitutto, ne uscirebbe probabilmente rafforzata la convinzione, comunque già espressa più volte anche dalla nostra migliore dottrina, che il diritto positivo, pur non essendo in un perenne stato di crisi, per il solo fatto di essere il prodotto statico di riflessioni giuridiche compiute avendo presente un determinato contesto storico e culturale, è inevitabilmente destinato a giungere al punto in cui gli diviene praticamente impossibile rispondere alle sempre mutevoli *social conveniences* della collettività sociale riferimento (31). Conseguentemente, convincersi dell'esistenza di queste gravi limitazioni del diritto positivo potrebbe

(31) Allo studio di questa prospettiva *lato sensu* sociologica del diritto, specialmente del diritto processuale, è dedicata pressoché integralmente una monografia di CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969. Oltre a questa opera, certamente fondamentale, è possibile ricordare diversi passaggi dello scritto di CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale* 1950, 24-51, dove si fa espresso riferimento a tali congenite limitazioni del diritto positivo: il legislatore, si legge, «fa le leggi per il suo tempo», in quanto, per fare le leggi, è necessario «conoscere, prima che la tecnica giuridica, la psicologia e l'economia del suo popolo», che poi significa conoscere il contesto sociale, storico e culturale di riferimento, il quale sarà inevitabilmente sempre soggetto a continui mutamenti. Inoltre, queste gravi limitazioni del diritto positivo ci sembrano implicite, o quantomeno presupposte, laddove CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova 1964, 137 e ss., parla a proposito dell'attività del giudice volta all'interpretazione e all'applicazione della norma di legge al caso concreto come di un'attività storiografica. Il giudice, si dice, «procede da storico, in quanto ricostruisce che cosa il legislatore volle che fosse voluto», anche se spesso ciò non è nemmeno sufficiente, rendendosi addirittura necessario «immaginare che cosa coerentemente avrebbe potuto volere che fosse voluto, cioè quali altre concrete azioni avrebbe verosimilmente ritenute comprese nello stesso generale tipo di comportamento» tracciato dalla norma. Per l'analisi di questo problema dal vicino angolo visuale dell'attuazione della legge da parte del giudice, si rinvia al consistente saggio di VOCINO, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore Enrico Redenti nel XI anno del suo insegnamento*, Milano 1951, vol. II, 589-692, e alla ricca bibliografia ivi citata, anche di lingua tedesca.

contribuire a rivalutare il ruolo primario che, a nostro avviso, deve essere riconosciuto alle *social policies* della comunità sociale di riferimento, allorché ci si appresti a interpretare e – soprattutto – ad applicare il diritto positivo astratto ad un concreto episodio della vita portato all’attenzione del giudicante (32).

(32) Non a caso, già WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. I, 262, parlando del presente e – soprattutto – del futuro della *law of evidence*, ammoniva l’interprete che «*the Rule*», ossia la norma astratta, «*is the complement of the Man*», vale a dire dell’Uomo che la dovrà applicare. Naturalmente colui che applica la norma astratta al caso concreto è il giudice, ma l’uso della maiuscola lascia chiaramente intendere che ci si sta qui riferendo al giudice come rappresentante, o portavoce, della collettività sociale in seno alla quale si celebra il processo in cui la norma astratta dovrà essere applicata. Non solo, ma il fatto che sia il diritto positivo ad essere il complemento dell’Uomo, e non il contrario, sta ad indicare, a nostro avviso, che anche per Wigmore il dato principale da cui partire, quello che eventualmente potrà poi essere raffinato dal – e cristallizzato nel – diritto positivo, è proprio il senso di giustizia della collettività sociale di riferimento. Si tratta, in sostanza, di un elogio alla centralità della *human nature* rispetto a tutta la teoria generale del diritto: «*all the rules of the world will not get us substantial justice if the judges and the counsel have not the correct living moral attitude towards substantial justice*».

Tutte queste constatazioni relative al ruolo primario spettante al diritto vivente nell’applicazione del diritto positivo, peraltro, dovrebbero apparire tanto più serie e preoccupanti una volta che si rifletta sul fatto che in tutti i moderni ordinamenti ogni sentenza viene emessa proprio «in nome del popolo», in nome, vale a dire, della comunità sociale in seno alla quale è stato celebrato il processo. Sarà poi questa stessa comunità che riconoscerà come corretta l’attività del giudice – «in punto di buon senso e di ragione», direbbe Thayer – *ratificando* la sentenza. Sull’importanza della ratifica delle sentenze da parte del gruppo sociale in nome del quale vengono pronunciate, si rinvia il lettore alla fin troppo trascurata monografia di LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Parigi 1964, 29 e ss., ove la ratifica della collettività viene elevata a scopo primario della prova e, per derivazione, della sentenza: «*en réalité, ce qui est recherché ... c’est, par-delà le juge, l’adhésion du groupe social qu’il représente, au nom de qui il prononce sa sentence ... la preuve judiciaire a pour objet de faire obtenir par l’intéressé la ratification, l’homologation de la collectivité*». A questo proposito, peraltro, siamo convinti che proprio la presenza della giuria sarebbe un chiaro segnale dell’importanza che negli ordinamenti di *common law* viene riconosciuta alla ratifica della sentenza da parte del gruppo sociale, e lo sarebbe in un duplice senso. Anzitutto, dovrebbe essere evidente che se la funzione ideale della giuria è quella di consentire al popolo di partecipare direttamente all’amministrazione della giustizia, come insegna il nostro Art. 102, 3° comma, Cost., la questione della ratifica della decisione resta in un certo senso assorbita. La decisione, in altri termini, dovrebbe essere considerata come «giusta» da parte della collettività sociale di riferimento per il solo fatto che la collettività stessa ha contribuito alla sua formazione, mediante la pronuncia del verdetto. Proprio per tale motivo, siamo convinti che ponendosi in quest’ottica anche le regole disciplinanti la selezione dei giurati e la formazione del *jury box* rivelino un significato ben più pregnante rispetto a quello che si è soliti attribuirgli. In altre parole, come è sempre stato sottolineato dalla dottrina inglese e statunitense, l’analisi di quelle norme dimostrerebbe proprio che la giuria popolare è stata effettivamente pensata per essere una specie di specchio della collettività sociale di riferimento, considerata nel suo complesso. I *jurors* vengono invero scelti tra

È possibile ora proseguire nello studio della ripartizione del *burden of proof* negli ordinamenti di *common law*, cominciando proprio dall'individuazione delle ragioni e dei motivi che stanno alla base della sua suddivisione in *burden of persuasion* e *burden of production*. In questo senso, il primo dato su cui riflettere è che la dottrina dei *legal burdens*, insieme ricomprendente tra le altre cose anche l'onere della prova, ha trovato negli ordinamenti di *common law* un fertile terreno di sviluppo grazie alla loro concezione tipicamente «*adversarial*» del processo (33). In quegli ordinamenti, in altre parole, è fortemente radicata

soggetti di diversa estrazione sociale, culturale, etnica, linguistica, e così via, in modo da formare una sorta di «campione» dell'intero sostrato sociale del territorio. Gli indizi a sostegno di questa tesi sono moltissimi. Così, ad esempio, non sono prive di rilevanza le varie denominazioni con cui si usa riferirsi ai singoli giurati («l'uomo della strada», «l'uomo ragionevole», «l'uomo sull'autobus di Clapham») o alla giuria nel suo complesso (*vox populi*, «piccolo Parlamento»), senza contare tutte le varie formule più o meno standardizzate impiegate dal giudice per dare le proprie istruzioni ai giurati. Fra queste, ci sembra particolarmente evocativa una formula dell'antico diritto inglese, ma a volte usata ancora oggi, con la quale era prassi chiudere le istruzioni in un procedimento penale: «*and by his plea he hath put himself upon God and the country which country you are*». Per approfondire la tematica della selezione dei giurati, e per capire perché, ad esempio, fino a non molto tempo addietro, in Inghilterra potessero essere scelti come giurati solamente i proprietari di case con non meno di quindici finestre, si rinvia ai contributi monografici di DEVLIN, *Trial by Jury*, Londra 1956, 17 e ss., di JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, cit., 254 e ss., e di MAYERS, *The American Legal System*, New York 1955, tradotto in italiano da Maria Grazia Curletti con il titolo *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, Milano 1967, 310 e ss. Ma non basta. Che la presenza del giudice popolare negli ordinamenti angloamericani costituisca un implicito riconoscimento dell'importanza che viene tributata al sentimento di giustizia proprio della collettività sociale di riferimento, crediamo si ricavi anche da un'analisi dei rapporti esistenti tra giudice togato e giuria. La dottrina di *common law* parla a questo proposito di un controllo diretto del giudice sulla giuria, controllo che verrebbe effettuato in occasione della formulazione delle istruzioni. La giuria, in sostanza, diventerebbe un mezzo a disposizione del giudice per pronunciare sentenze più corrette dal punto di vista della *particular justice*: non a caso, dunque, DEVLIN, op. cit., 149 e ss., ha definito il giudice popolare angloamericano come uno strumento a disposizione del giudice togato («*a judicial instrument*»). Su tutti questi punti avremo modo di tornare successivamente, soprattutto nel secondo capitolo.

(33) Per comprendere appieno tutte le cause e le implicazioni della concezione *adversarial* del processo angloamericano consideriamo indispensabile la lettura del bellissimo libro di DAMASKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven-London 1997, tradotto in italiano a cura di Michele Taruffo con il titolo *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003. In breve, l'*adversary system*, come lo chiama Damaska, starebbe ad indicare un sistema processuale nel quale il processo è sotto il pieno controllo delle parti e l'organo giudicante rimane essenzialmente passivo. Assieme alla presenza della giuria e alla concentrazione del processo («*a day in court*», come si usa dire), costituirebbe il terzo pilastro su cui si fonda tutta la *law of evidence* degli ordinamenti di *common law*. Che proprio la conservazione dello spirito tipicamente conflittuale e individualistico dell'antico *trial by battle*, da

la convinzione che il processo civile (per quello penale il discorso è naturalmente diverso a causa della presenza della parte pubblica) sia uno strumento posto nell'esclusivo interesse delle parti, le quali hanno anche il monopolio delle allegazioni istruttorie, mentre il giudice viene confinato nello stereotipato ruolo di «direttore del traffico». Si tratta, in sostanza, della massima espressione di quello che da noi è stato definito come principio dispositivo in senso «improprio», o «processuale», corrispondente a sua volta a quello che la dottrina tedesca definisce *Verhandlungsmaximen* (34). Su questo punto, tuttavia, è necessario muoversi con prudenza. A parte il graduale incremento dei poteri officiosi

cui il *trial by jury* angloamericano è derivato, sia uno dei fondamenti della bipartizione dell'onere della prova, si ricava da diversi passaggi della traduzione italiana, alle pagine 119 e ss. Da un lato, essendo colà difficile anche solo immaginare l'idea di un giudice che attivamente prenda parte all'istruttoria, rompendo il perfetto equilibrio probatorio in cui si trovano le parti, implicitamente equivale a conferire all'onere di allegazione probatoria un'importanza sicuramente maggiore rispetto agli ordinamenti di *civil law*; non a caso, come avremo occasione di vedere a breve, il mancato assolvimento di quest'onere giustifica il rigetto immediato della domanda da parte del giudice, senza che sia nemmeno necessario ottenere il verdetto dei giurati. Dall'altro lato, è innegabile che il rigetto della domanda per il mancato assolvimento del vero e proprio onere di persuasione avrà effetti diversi a seconda del contesto processuale di riferimento: solamente negli ordinamenti di *common law* avrà una connotazione più diretta e personale, dato che la parte soccombente era in effetti l'unico soggetto del processo ad avere il potere di portare allegazioni istruttorie a sostegno delle sue affermazioni.

Incidentalmente: lo stesso Taruffo ha poi avuto modo di approfondire direttamente questo argomento in TARUFFO, *La semplice verità*, Bari 2009, 107 e ss., cui rinviamo anche per il ricchissimo apparato bibliografico rinvenibile nelle note. Sulla correlazione tra la concezione *adversarial* del processo di *common law* e la bipartizione dell'onere della prova si confrontino poi i rilievi di KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge (Massachusetts)-London 2001, 61 e ss.; di MORGAN, *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation*, cit., 34 e ss.; di HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies* 1997, vol. XXVI, 2, 413 e ss.; di HAY, *Allocating the Burden of Proof*, in *Indiana Law Journal* 1997, vol. LXXII, 3, 654; di GORSKE, *Burden of Proof in Grievance Arbitration*, cit., 179, e di S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 469 e ss.

(34) Sulla ricostruzione di queste classificazioni, anche da un punto di vista storico, e sui loro rapporti con il principio dispositivo in senso «proprio», o «materiale», corrispondente alla nozione tedesca di *Dispositionsmaximen*, si rinvia ai giustamente famosi scritti di CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore Enrico Redenti nel XI anno del suo insegnamento*, Milano 1951, vol. II, 697-772, e di LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Rivista di diritto processuale* 1960, 551-565. Tutti questi argomenti sono stati poi ripresi e considerevolmente approfonditi da CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi Parmensi* 1980, vol. XXVIII, 23-110, ID., *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Rivista di diritto processuale* 1976, 678-707, ora entrambi raccolti in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1997.

anche negli Stati Uniti e in Inghilterra, specialmente in materia istruttoria (35), siamo invero convinti che alcuni dei poteri da sempre riconosciuti al giudice di *common law* celino in realtà dei risvolti particolarmente interessanti, sì che, di fatto, attraverso il loro utilizzo, sia possibile andare a modificare la normale applicazione delle regole processuali, quando non addirittura quella della legge sostanziale. Da questo punto di vista, come abbiamo già accennato, dovrà fra l'altro essere dedicata particolare attenzione al potere del giudice di istruire la giuria, poiché crediamo che formulando le istruzioni in un certo modo sia possibile influenzare la ripartizione degli oneri probatori.

Che la concezione *adversarial* del processo di *common law* abbia svolto e svolga tutt'ora un ruolo importante nella scissione dell'onere della prova in due distinte entità si ricava anche, seppur indirettamente, dal funzionamento del secondo onere probatorio che abbiamo individuato, vale a dire il *burden of production*. In effetti, ogni ordinamento conosce o ha conosciuto la tendenza a guardare all'onere della prova come una sorta di peso che grava esclusivamente su una parte piuttosto che sull'altra: ciascuna ha un proprio fardello probatorio, e se lo caricherà sulle spalle dalla proposizione della domanda sino alla definizione della lite. Negli ordinamenti di *common law* questo vale sicuramente per il *burden of persuasion*, ma non anche per il *burden of production*. Invero, come si vedrà meglio successivamente, la caratteristica principale del *burden of production* è proprio quella di essere un onere «mobile», idoneo, vale a dire, a passare continuamente da una parte all'altra durante tutto il corso del processo in conseguenza delle attività compiute o non compiute dalle stesse (36). Tale elasticità del *burden of production* sembrerebbe essere giustificata, fra

(35) Si vedano a tal proposito i rilievi di WIGMORE, op. cit., vol. IX, 267-270.

(36) Questa intrinseca flessibilità del *burden of production* ha portato la dottrina angloamericana ad illustrarne il funzionamento equiparando il processo a una sorta di gara sportiva o, più in generale, a un gioco. Così, MARKHAM, *Why a "burden of production"?*, cit., 13-14, ha parlato del processo e dei suoi vari stadi di allegazione dell'*evidence* come di un campo da *football*, dove all'onere della prova competerebbe il ruolo della palla. Per comprendere appieno come funziona il *burden of production*, si dice, è possibile immaginare un terreno da gioco suddiviso in tre aree: le due estremità, che rappresentano idealmente le contrapposte posizioni delle parti, sono le aree di competenza del giudice; l'area centrale, invece, rappresenta l'area di competenza della giuria. In questo senso, quella tra le due parti che è inizialmente onerata del *burden of production* si troverà con la palla nella propria estremità di campo, pronta per iniziare la partita. Si renderà

anzitutto necessario lanciarla fuori dalla propria estremità, altrimenti la domanda verrebbe rigettata dal giudice già solo per il mancato assolvimento del *burden of production*. Invero, come avremo modo di vedere in seguito, l'*evidence* presentata dalle parti viene portata all'attenzione dei giurati solamente dopo che il giudice l'ha ritenuta quantomeno sufficiente per superare l'ostacolo preliminare del *burden of production*, altrimenti la domanda viene rigettata *in limine*: si parla a questo proposito di un rigetto «*at the hands of the judge*». La forza del lancio dipenderà dalla quantità e della qualità dell'*evidence* presentata al giudice, e potrà alternativamente essere sufficiente per raggiungere l'area della giuria, ovvero potrà essere abbastanza forte da arrivare addirittura all'estremità di campo avversaria. Se la palla si ferma nell'area della giuria il *burden of production* esce di scena, entra in gioco il *burden of persuasion*, alle parti non compete più alcuna attività istruttoria e l'esito della partita sarà per forza di cose incerto, in quanto dipenderà dal grado di persuasione raggiunto dai giurati. Raggiungendo l'estremità di campo della controparte, invece, ci si troverà in una posizione molto più favorevole in quanto ora sarà l'avversario ad essere onerato del *burden of production*, e sarà lui a doversi preoccupare di lanciare la palla fuori dall'area del giudice. Di nuovo, in base all'*evidence* presentata, quest'ultimo si potrà limitare a raggiungere l'area della giuria oppure potrà rispeditore la palla al mittente, che dovrà nuovamente preoccuparsi di reiterare l'assolvimento del *burden of production*. Si tratta di uno scambio teoricamente infinito, che poi, nella pratica, è destinato a concludersi con la progressiva riduzione del materiale istruttorio a disposizione delle parti, che inevitabilmente non sarà più tale da permettere il trasferimento del *burden of production* in capo alla controparte, ma sarà sufficiente solamente per raggiungere l'area della giuria. L'altro esempio ludico usato per descrivere il funzionamento del *burden of production* si trova nei due scritti di ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, cit., vol. II, 220-222, e ID., *Two Burdens of Proof*, cit., 127-128, ed è quello della *shuffle-board*. Anche qui, si tratta di «lanciare» l'onere della prova – che in questo gioco assume la forma di un dischetto di legno – lungo una piattaforma divisa in tre aree. La prima, più vicina alla parte onerata e pertanto più facile da superare, è quella delle «*mere scintilla of evidence*»: sostanzialmente, se il disco non viene lanciato nemmeno oltre quest'area la parte perde la lite perché non ha assolto il suo *burden of production*. La seconda area, invece, dove si ferma la maggior parte dei lanci, è quella della giuria. La terza area, quella più difficile da raggiungere ma anche quella che offre più *chances* di vincere la partita – e, naturalmente, la lite – è quella della «*legal conclusion*». Come prima, qui la parte che ha effettuato il lancio può già vincere anche solo in conseguenza della mancata attività probatoria della controparte. Quest'ultima, tuttavia, ora ha a sua volta la possibilità di ritrasferire il *burden of production* all'avversario, ovvero produrre l'*evidence* sufficiente per assolvere il suo onere probatorio preliminare e portare così il caso all'attenzione dei *jurors*. Anche MCCORMICK, *Charges of Presumptions and Burden of Proof*, cit., dopo aver limpidamente illustrato il funzionamento del *burden of production*, ne parla poi ricorrendo all'esempio della pallina da tennis.

Questi avvicinamenti del processo al *football* o alla *shuffle-board* per illustrare il funzionamento del *burden of production* ci sembrano certamente lodevoli, quantomeno per due ordini di ragioni. Anzitutto, enfatizzano una volta di più proprio la logica agonistica e *adversarial* degli ordinamenti di *common law*, la quale, come abbiamo visto, ha in parte contribuito alla scissione dell'onere della prova in *burden of persuasion* e *burden of production*. In altre parole, solamente la persistenza di una concezione ideologica di questo tipo ha potuto – e può ancora oggi giustificare – la presenza di un onere probatorio idoneo a passare continuamente da una parte all'altra in conseguenza delle rispettive azioni od omissioni a livello istruttorio, quasi fosse la più elevata espressione del principio di autoresponsabilità processuale. Del resto, che rispetto all'*adversary system* angloamericano i punti di contatto tra processo e gioco siano moltissimi lo dimostrerebbe,

l'altro, proprio da una concezione conflittuale del processo, qual è tipicamente quella *adversarial* degli ordinamenti di *common law*. Al contrario, in contesti diversi da quello angloamericano, dove il processo non è considerato come una squisita *chose des parties* ma ha una connotazione pubblicistica più o meno marcata, è naturale che non vi sia alcuna giustificazione per guardare all'onere della prova come ad un *quid* che le parti, avendone piena disponibilità, possono liberamente passarsi l'una all'altra per tutta la pendenza della lite (37).

crediamo, anche il fatto che lo stesso POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., 447-450, pacificamente riconosciuto da tutti come uno dei maggiori giuristi americani del secolo scorso, abbia parlato a questo proposito come di una vera e propria «*sporting theory of justice*», dove le parti sarebbero i due campioni che si sfidano per la vittoria della lite e il giudice sarebbe un semplice arbitro della contesa («*passive umpire*»). In seconda battuta, guardare al processo da una prospettiva di questo tipo dovrebbe rafforzare ulteriormente la convinzione che il processo stesso sia un fenomeno antropologico e sociale prima che giuridico, e, come tale, sia la naturale espressione di quello che abbiamo chiamato come il «diritto vivente» di un determinato contesto storico e sociale di riferimento. In definitiva, quello dei rapporti tra processo e sport, o tra processo e gioco, è un tema affascinante, che proprio per le ragioni appena viste nella dottrina angloamericana è sempre stato affrontato con tutta la serietà e il rigore scientifico che richiede ogni altro argomento giuridico. In Italia, al contrario, se si esclude la fortuna che ha avuto l'omonimo saggio di Calamandrei già citato in precedenza, il tema è stato sempre trascurato dalla dottrina, o, al più, è stato ingiustificatamente trattato quasi in modo sarcastico, come dimostra il contributo di CARNELUTTI, *Gioco e processo*, in *Rivista di diritto processuale* 1951, 101-114. Solamente negli ultimi anni è stato oggetto di serie indagini storiche e scientifiche, grazie al saggio di CAVALLONE, «*Non siete che un mazzo di carte!*». *Levis Carroll e la teoria del processo*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano 1981, 309-349, e ora in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, cit., 515-557, e a tutti gli altri contributi pubblicati nella *Rivista di diritto processuale* a partire dal 1998, oggi raccolti per la maggior parte nel recentissimo ID., *La borsa di Miss Flite*, Milano 2016.

(37) A quanto sosteniamo nel testo non farebbe eccezione, crediamo, nemmeno il fatto che in alcuni ordinamenti «continentali» sia concessa alle parti la possibilità di invertire o modificare l'onere della prova per mezzo di un negozio processuale, come dispone da noi l'art. 2698, cod. civ. Anzitutto, e in generale, l'inversione o la modificazione attuata per effetto di negozi di questo tipo non contribuisce a privare la ripartizione dell'onere probatorio della sua rigidità. Si tratta, a ben vedere le cose, di una alterazione delle naturali regole sul riparto del carico probatorio attuata una sola volta, peraltro prima e fuori del processo, dopodiché, instaurato il giudizio, l'onere della prova resta comunque rigidamente fissato in capo all'altra parte, la quale non avrà modo di ritrasferirlo a quella che, in assenza del negozio, ne sarebbe stata onerata. Inoltre, con specifico riferimento al nostro art. 2698, cod. civ., è evidente che la riserva ivi prevista, a mente della quale l'inversione o la modificazione dell'onere non può essere pattuita quando ha per effetto di rendere per una delle parti «eccessivamente difficile» l'esercizio del diritto a causa del nuovo carico probatorio, troppo gravoso, è diretta espressione della concezione pubblicistica che è comunque

L'altro elemento che potrebbe contribuire a fare luce sulle effettive ragioni per le quali il significato più ristretto e tecnico dell'onere della prova sia stato affiancato dal ben diverso *burden of production* è, naturalmente, la presenza della giuria (38).

Istintivamente, crediamo, anche il giurista meno diffidente dovrebbe intuire che la bipartizione dell'onere della prova in un ordinamento in cui anche l'organo giudicante è bipartito difficilmente possa essere frutto di una semplice coincidenza, o di una mera casualità. Su questo punto, in effetti, ci si potrebbe limitare a ribadire con Thayer che la scissione dell'onere della prova in due distinte entità, proprio come tutta la *law of evidence* complessivamente considerata, è «figlia della giuria» (39). In effetti, proprio le indagini di

presente in certa misura nel nostro ordinamento e in tutti quelli di *civil law*. Al contrario, solamente in un quadro *adversarial* «puro» può trovare giustificazione una strategia processuale di parte anche aggressiva, diretta a mettere in difficoltà l'avversario trasferendogli un onere probatorio che all'inizio non era suo, quasi come se lo si stesse «provocando a provare». Come abbiamo visto, una delle tante implicazioni del funzionamento del *burden of production* è proprio quella di trasferire da una parte all'altra il rischio di perdere la lite direttamente davanti al giudice, senza che si renda nemmeno necessario passare per la giuria, *sed de hoc infra*. Sulle inversioni negoziali dell'onere della prova, argomento certamente interessante ma non pertinente all'economia di un lavoro dedicato allo studio della ripartizione dell'onere probatorio negli ordinamenti di *common law*, rinviando per ogni riferimento ai contributi di PATTI, *Le prove. Parte generale*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2010, e di PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano 2010.

(38) Che la bipartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* sia diretta conseguenza della presenza della giuria è stato sostenuto in termini indubbiamente perentori da WIGMORE, op. cit., vol. IX, 278 e ss. Vi si legge, fra l'altro, che le regole che disciplinano il *burden of production* troverebbero la loro fonte nella bipartizione dell'organo giudicante di *common law* («a peculiar set of rules which have their source in the bipartite constitution of the common-law tribunals»), e che «al di fuori della distinzione di funzioni tra giudice e giuria, queste regole non avrebbero nemmeno avuto motivo di esistere» («apart from the distinction of functions between judge and jury, these rules need have had no existence»). Sull'intima connessione sussistente tra la giuria e il *burden of production*, assolutamente pacifica in dottrina, potrebbe essere utile confrontare anche i contributi di ABBOTT, *Two Burdens Of Proof*, cit., 125, («the two senses in which the phrase is used correspond to the twofold character of the tribunals»), di DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1156, («the modern concept of burden of proof grew up as the jury slowly shaped itself in the fact-finding ... body we have today») e, in una prospettiva storica che verrà ripresa successivamente, il limpido saggio di REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, cit., 704 e ss.

(39) La celebre espressione «the English law of evidence ... is the child of the jury», spesso citata in apertura di diversi trattati e saggi riguardanti il diritto delle prove degli ordinamenti di *common law*, si trova in THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 47.

Thayer, pacificamente indicato da tutti come l'«inventore» del *burden of production* (40), hanno dimostrato che lo zoccolo duro su cui poggia la bipartizione dell'onere della prova è la presenza di un giudice popolare deputato esclusivamente a giudicare sui fatti di causa, vale a dire sui *matters of fact*.

In breve, sempre cercando di anticipare il meno possibile di quello che comunque si dirà successivamente, il *burden of proof*, nel suo primo e più tecnico significato di *burden of persuasion*, si indirizza proprio ai giurati. Come abbiamo visto, ogni ordinamento ha dovuto e deve tuttora fare i conti con il rischio per cui, al termine dell'istruttoria, permanga incertezza attorno all'esistenza o all'inesistenza dei fatti di causa; e in questo scenario opera

(40) A questo proposito, MARKHAM, *Why a "Burden of Going Forward"?*, cit., 12, ha parlato di Thayer addirittura come di una versione giuridico-processuale di Mary Shelley, o di Robert Louis Stevenson, in quanto le sue indagini sull'onere della prova avrebbero avuto come risultato soltanto quello creare «un Frankenstein destinato a cacciare i sogni e soffocare i pensieri» della dottrina («*a Frankenstein to hunt its dreams and strangle its thinkings*»), nonché di aver inopinatamente rivelato la doppia personalità del *burden of proof*, vale a dire il suo «*Jekyll-Hide character*». È evidente che questi paragoni letterari costituiscono, in realtà, una critica nei confronti dell'impostazione più tradizionale, o ortodossa, data al problema della ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, che si identifica con la scissione di quest'ultimo in *burden of persuasion* e *burden of production*. Non a caso, questo Autore, partendo dal presupposto che la bipartizione dell'onere della prova sia dannosa, o comunque inutile, sostiene che l'unica soluzione per porre rimedio a tutte le difficoltà applicative che comporta la ripartizione dell'onere probatorio sarebbe quella di tornare ad una concezione unitaria del medesimo, sulla falsariga di quella che è da sempre la situazione negli ordimenti di *civil law*. Sulle posizioni di tale dottrina «negazionista», condivise anche da altri scrittori, torneremo a breve, allorché concentreremo la nostra attenzione sull'aspetto *lato sensu* lessicale del fenomeno. Per il momento invece, riprendendo il discorso relativo al ruolo che Thayer ha avuto nel porre le basi teoriche della scissione dell'onere della prova, siamo convinti che si dovrebbe più che altro parlare come di colui che ha «isolato» il *burden of production*. Invero, nelle pagine della sua bellissima monografia dedicata all'*evidence* e in tutti i contributi successivi, Thayer non pare professarsi mai come inventore di un qualcosa che prima non esisteva ma, piuttosto, come scopritore di un elemento che già c'era, un elemento nato spontaneamente come conseguenza della progressiva affermazione della giuria popolare e del cambiamento avvenuto nel sistema dei *pleadings*. In questo senso, ci sembra particolarmente significativo il passaggio in cui si sostiene che «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»: è evidente che ci si riferisce qui alla distinzione dell'onere della prova tra *burden of persuasion* e *burden of production* («*with the use of the jury came a new set of ideas and a new system of pleading ... and gradually, with the slow and strange development of the jury system, and the irregular working-out of the common law pleading, there has come into prominence a new set of discriminations*»). Così THAYER, op. cit., 354.

il principio dell'onere della prova, inteso come regola di giudizio, che permette al soggetto deputato a decidere quella controversia di deciderla in ogni caso, anche quando non sia pienamente persuaso della bontà di quanto affermato da una o dall'altra parte. Tutto ciò posto, la peculiarità che contraddistingue gli ordinamenti angloamericani consiste proprio in ciò che il giudice del fatto è la giuria. Sono i giurati, vale a dire, che devono essere persuasi della esistenza o della inesistenza dei fatti allegati dalle parti, e che, coadiuvati dalle istruzioni del giudice, pronunceranno un verdetto in favore di una parte piuttosto che dell'altra, in base al «grado» di persuasione raggiunto. Il *burden of persuasion*, inteso nella sua funzione di regola di giudizio, negli ordinamenti di *common law* troverà dunque applicazione solamente in quei casi in cui i giurati, nel segreto della camera di consiglio, si trovino a discutere sull'*evidence* portata dalle parti, non ritenendosi pienamente persuasi di quanto sostenuto dall'una piuttosto che dall'altra.

Al contrario, è unanime la convinzione che il *burden of proof* nella sua seconda accezione, vale a dire quella di *burden of production*, si indirizzi al giudice togato. Sul punto sarà qui sufficiente anticipare che il *burden of production* svolge in sostanza un ruolo di filtro, anteposto al giudizio di fatto davanti alla giuria. Esso, in altre parole, opererebbe come una sorta di sbarramento preliminare che la parte onerata deve superare per evitare un rigetto *in limine* della domanda e portare così il suo caso e la sua *evidence* all'attenzione dei giurati. Non a caso, quindi, ci si riferisce a questo secondo senso del *burden of proof* con l'eufemismo «*pass the judge*», che ben rende l'idea di un ostacolo che deve essere necessariamente superato se si vuole raggiungere il traguardo, ossia la vittoria della lite (41). Per quello che interessa in questa sede, la funzione di filtro del *burden of production* può essere schematizzata in questo modo: se il giudice ritiene che l'*evidence* presentata dalla parte onerata del *burden of production* sia assolutamente priva di ogni potenziale persuasivo, tale per cui il giudizio di fatto davanti ai *triers of fact* si risolverebbe solamente in una sterile perdita di tempo, egli sarà legittimato a «portare via» la causa alla giuria («*take the case away*

(41) Questo eufemismo è stato utilizzato, tra gli altri, da WIGMORE, op. cit., vol. IX, 278, («*each party must first with his evidence pass the gauntlet of the judge*»).

from the jury») e deciderla direttamente, in piena autonomia, naturalmente in senso sfavorevole alla parte che aveva questo onere probatorio preliminare (42).

Sul ruolo che la presenza della giuria ha avuto e continua ad avere in relazione alla questione della bipartizione dell'onere della prova è doveroso fare qui un'ultima osservazione. Come è noto, oggi, negli ordinamenti di *common law*, la presenza della giuria all'interno dei processi civili da regola è degradata a piacevole eccezione (43). A questa crisi del giudice popolare angloamericano, che rappresenta senza alcun dubbio l'elemento più *folkloristico* del sistema processuale di *common law*, non è tuttavia conseguita anche una crisi 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*. In altre parole, non sembrerebbe essere sconosciuto in dottrina che la distinzione concettuale tra «diritto» e «fatto», con tutte le conseguenze che ne discendono, soprattutto relativamente alla bipartizione dell'onere della prova, deve essere mantenuta ben salda anche in quei casi in cui il procedimento è retto dalla sola presenza del giudice togato, in veste di giudice unico. Questo comporta, fra le altre cose, che anche in quei casi – e sono ormai la maggior parte – in cui il *judge* sia competente a conoscere anche delle questioni di fatto, le regole sulla ripartizione dell'onere della prova rimarranno comunque le stesse: la parte onerata del *burden of production* dovrà dapprima assolvere quest'onere preliminare, se non vuole vedersi rigettare la domanda *in limine*, e solamente una volta in cui il giudice si sia convinto della potenziale persuasività dell'*evidence* presentata sarà poi possibile spostarsi al giudizio di fatto davanti allo stesso giudice, in cui entrerà in gioco il ben diverso *burden of persuasion* (44).

(42) Lo stesso avviene anche nel caso in cui l'*evidence* presentata dalle parti sia ritenuta inammissibile o irrilevante.

(43) Sul declino della giuria popolare negli ordinamenti di *common law* si veda fra gli altri DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 182 e ss.

(44) Su questo punto si rinvia il lettore a WIGMORE, op. cit., vol. IX, 278 e ss., e all'esauriente trattazione monografica di PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 37 e ss., poi notevolmente riveduta e ampliata in PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 12 e ss. Si confrontino peraltro i rilievi di DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1169 e ss., specialmente alla nota 70, dove si osserva criticamente che nei *non-jury cases* ci sarebbe una sorta di negligenza dei giudici a distinguere tra *burden of persuasion* e *burden of production* («lack of care with which

Questa doppia personalità del giudice, che agirebbe prima in quanto tale e poi come una specie di «giuria unipersonale», non sorprenderà, crediamo, il giurista di *civil law*, e specialmente quello italiano. Invero, ci sembra che una situazione molto simile a quella appena vista negli ordinamenti di *common law* si verifichi anche da noi in tutti i casi in cui il tribunale giudichi in composizione monocratica, dove il giudice unico assolve sia le tipiche funzioni del giudice istruttore, sia quelle del collegio decidente, senza che l'impianto regolamentare del procedimento subisca alcun mutamento sostanziale. Si tratta dunque di una sovrapposizione di ruoli che, tanto negli ordinamenti di *common law*, quanto in quelli di *civil law*, sono originariamente stati pensati come separati, come due ingranaggi di un medesimo meccanismo processuale (45).

judges differentiate between the two burdens in nonjury cases): il che, per l'appunto, presuppone che tutto il sistema fondato sulla bipartizione dell'onere della prova continui a persistere come tale anche nei casi in cui la giuria sia assente.

(45) Il fatto che due ruoli, originariamente immaginati come separati, vengano a sovrapporsi in capo ad un unico soggetto, non può naturalmente essere privo di conseguenze. Quella con ogni probabilità più grave, si verifica nel momento in cui deve essere formulato il giudizio sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle prove, e si ripropone in forme diverse tanto negli ordinamenti di *common law*, quanto in quelli «continentali». Incidentalmente: nella *law of evidence* sono «logicamente rilevanti» (si parla di «*logical relevancy*», o «*materiality*») tutti i fatti che hanno un *rational probative value*, siano essi direttamente i fatti principali («*facts in issue*», o «*material facts*»), ovvero fatti secondari dai quali è possibile inferire logicamente l'esistenza o l'inesistenza di un fatto principale («*facts relevant to the issue*», o «*evidentiary facts*»); e questo corrisponde, come si sa, alla nostra nozione di rilevanza del mezzo di prova, che è un giudizio attinente al fatto da provare. La prova di alcuni fatti *logically relevant* potrà poi essere impedita dall'operare di una delle tante regole di esclusione conosciute dalla *law of evidence*. Ad esempio, una delle più famose, la *hearsay rule*, impedisce che un fatto *logically relevant* venga provato mediante una testimonianza indiretta («per sentito dire»), perché questo violerebbe il diritto della controparte alla *cross-examination* del teste (e non dunque, come spesso si dice, perché la testimonianza indiretta è di per sé meno attendibile di una testimonianza diretta). Quando la prova di un fatto *logically relevant* non è impedita da una regola di esclusione, si dice che il fatto da provare è anche «*legally relevant*»: la combinazione di queste due figure di *relevancy* dà luogo alla nozione di prova ammissibile («*admissible*»). Sulle *rules of exclusion* avremo modo di tornare più diffusamente quando parleremo degli *standards of proof* e della persuasione dei giurati. Sulle nozioni di *logical relevancy* e *legal relevancy*, invece, è qui sufficiente rinviare alla trattazione manualistica di WIGMORE, op. cit., vol. I, 289 e ss.

Tornando al nostro discorso, in entrambi i modelli procedurali il giudice, nel momento in cui deve vagliare l'ammissibilità e la rilevanza di un mezzo di prova, sostanzialmente fa un'anticipazione di quello che sarà poi il giudizio di fatto sulle allegazioni di parte, nei limiti in cui ciò si renda necessario per decidere sull'ammissibilità delle istanze istruttorie. Questa situazione è di per sé evidente negli ordinamenti angloamericani, dove la presenza del *burden of*

Prima di chiudere quella che potrebbe essere definita come una specie di premessa sistematica allo studio della problematica dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, è necessario soffermarsi brevemente sull'aspetto linguistico del fenomeno. Gli è infatti che in quegli ordinamenti, vuoi a causa del ruolo attivo riconosciuto alla giurisprudenza nella creazione del diritto, vuoi a causa della prolifica attività della dottrina, specialmente statunitense, si sono via via sovrapposte diverse definizioni per ciascuno dei

production impone al giudice di formulare un giudizio prognostico sulla potenziale persuasività dell'*evidence* proposta dalle parti, onde capire se sia sufficiente per giustificare la fase decisoria davanti ai giurati oppure no. Si tratta, dunque, di un giudizio di fatto formulato in via anticipata rispetto alla sua sede naturale, che è la camera di consiglio in cui si raccolgono i giurati prima di pronunciare il verdetto. Ma la stessa cosa si verifica, crediamo, anche negli ordinamenti di *civil law*. Basandoci sull'ordinamento italiano, è evidente che quando il giudice deve decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza dei mezzi di prova, in qualche modo deve anticipare un giudizio di fatto sulle allegazioni di parte. Così, volendo fare un esempio, per capire se il fatto «consegna della somma di denaro» è rilevante, il giudice dovrà prima verificare se effettivamente la fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio sia quella del contratto di mutuo, che, come si sa, è un contratto reale, e non piuttosto quella di un altro contratto, come può essere quello di *leasing*, che non richiede la materiale consegna del bene al fine del suo perfezionamento. Insomma, possiamo affermare con una certa sicurezza che in entrambi gli ordinamenti, quando si tratta di decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle prove, effettivamente c'è un'anticipazione di un giudizio di fatto da parte del giudice; che si tratta di un giudizio per forza di cose «provvisorio», in quanto formulato al solo fine di accogliere o respingere le istanze istruttorie delle parti; e, infine, che si tratta di un'anticipazione sicuramente fisiologica, in quanto funzionale all'espletamento del dovere del giudice di decidere sulle istanze istruttorie. È evidente, peraltro, che un'anticipazione di questo tipo resta effettivamente fisiologica fintantoché il giudizio di fatto «vero e proprio», formulato, vale a dire, a istruttoria completa e dopo un più approfondito esame della causa, venga poi compiuto da un altro soggetto: la giuria, negli ordinamenti di *common law*, il collegio decidente, negli ordinamenti di *civil law*. Quando invece, ed è il problema che stiamo affrontando, il giudice governa la lite in veste di giudice unico, è palpabile il rischio che il giudizio di fatto «provvisorio» finisca per diventare a tutti gli effetti definitivo. In altre parole, sembra difficile immaginare un giudice che prima, sulla base di un certo giudizio di fatto – provvisorio quanto si vuole – ammetta determinate prove e ne escluda altre, e poi, al termine dell'istruttoria, rendendosi conto di aver formulato in via anticipata un giudizio sbagliato, torni sui suoi passi, autocensurandosi. Si tratta, come ognuno vede, di un problema delicatissimo, poco indagato dalla dottrina di *common law*, ad eccezione di qualche cenno rinvenibile in PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 13-14, dove si parla a proposito dell'anticipazione del giudizio di fatto come di una «*mental gymnastics*» che, quantunque indispensabile al fine di decidere sull'ammissibilità dei mezzi istruttori, dovrebbe poi essere dimenticato quando lo stesso giudice assumerà le vesti della giuria, al fine di formulare *ex novo* un vero e proprio giudizio di fatto, e in MOON, *A Proposal to Simplify Virginia Burdens of Proof*, cit., 2-3. Per un approfondimento di questo problema nella dottrina italiana, si rinvia il lettore alla monumentale indagine di TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 54 e ss.

due diversi oneri probatori, causando in ultima istanza una grande confusione sull'effettivo funzionamento del *burden of proof* in generale (46). La gravità di tale situazione ha portato la Corte Suprema del Maine ad affermare, con una punta di rassegnazione, che la problematica dell'onere della prova «*is more philosophical than practical*» (47).

In effetti, nonostante il fatto che fino a questo punto del lavoro abbiamo scelto, per semplicità, di parlare di *burden of persuasion* e di *burden of production*, la realtà è che nella vastissima bibliografia che la dottrina angloamericana ha dedicato al *burden of proof* si contano complessivamente fino a trenta diverse denominazioni (48). Più in particolare, il *burden of persuasion* è stato definito anche come «*real burden*», «*material burden*», «*burden of the issue*», «*burden of satisfying the jury*», «*burden of establishing a proposition*», «*burden of establishing a case*», «*first burden*», «*burden of proving an affirmative allegation*», «*burden of convincing the jury*», «*ultimate burden*», «*general burden of proof*», «*burden of proof on the pleading*», «*burden of proof proper*», «*probative burden*», «*persuasive burden*» e «*burden of overcoming the inertia of the court*». Il *burden of production*, invece, è stato chiamato anche «*burden of evidence*», «*burden of allegiance of evidences*», «*burden of going forward with the evidences*», «*burden of proving to the judge*», «*burden of satisfying the law*», «*second burden*», «*burden of proceeding*», «*burden of introducing evidence*», «*burden of producing*

(46) L'incidenza della questione terminologica sull'effettivo funzionamento del *burden of proof* complessivamente considerato è ben messa in luce da NOKES, *An Introduction on Evidence*, cit., 457 e ss.: l'onere della prova, si osserva, «è stato applicato in così tanti momenti durante il corso del processo, ed è stato chiamato con così tanti diversi nomi, che il suo significato richiede delle delucidazioni» («*it has been applied to so many different situations in the course of a trial, and has received so many diverse names, that its meaning requires elucidation*»). In senso conforme, si vedano ARCHER, *The Law of Evidence*, cit., 55-60; FISK, *Burden of Proof*, cit., 257 e 267 e ss.; MARKHAM, *Why a "Burden of Production"?*, cit., 12 e ss.; WINSTON, *The Burden of Proof in Certain Civil Actions*, in *North Carolina Journal of Law* 1904, vol. I, 1, 6-13; HAMMOND, *Memorandum Opinion for the Classification Review Committee, Department of Justice*, cit., 173-174; SIM, *Burden of Proof in Undue Influence: Common Law and Codes on Collision Course*, in *The International Journal of Evidence and Proof* 2003, Vol. VII, 4, 221-236.

(47) *Foss v. McRae*, 105 Me. 140, 73 Atl. 827 (1909).

(48) Peraltro, la situazione non è più felice per quanto riguarda gli *standards of proof*, dove nella sola Virginia si contano almeno diciotto diversi *standards*: ma, anche qui, spesso si tratta di inutili doppioni, e semplicemente si finisce per chiamare il medesimo *standard* con nomi diversi. Sugli *standards* probatori rinviamo a MOON, op. cit., 1 e ss., e a tutto quanto diremo successivamente.

evidence», «*burden of sufficiency*», «*burden of testimony*», «*legal burden*», «*tactical burden*» e «*burden of opening*».

Lasciare che uno stesso istituto giuridico circoli per l'ordinamento sotto diversi nomi, come si sa, comporta sempre dei rischi di fraintendimento, i quali, a loro volta, sono potenzialmente idonei a causare delle inaspettate conseguenze in sede di applicazione pratica del medesimo (49). Ad esempio, proprio rispetto alla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* è emblematico l'errore, peraltro piuttosto diffuso, che commettono le corti quando si domandano se il *burden of proof* in uno dei due suoi significanti possa passare da una parte all'altra, ovvero se, al contrario, debba rimanere rigidamente fissato in capo a quello tra i due litiganti che ne è originariamente onerato. In queste ipotesi, come si vedrà successivamente, si finisce quasi sempre per consentire allo spostamento del *burden of persuasion* utilizzando argomentazioni che però riguardano più direttamente il *burden of production* (50).

(49) Riportiamo per esteso il passo di uno scrittore anonimo, citato da THAYER, "Law and Fact" in *Jury Trials*, cit., 151, alla nota 1: «*a definition ... is the most difficult of all things. There is far greater probability of a correct use of terms than of a correct definition of them. The best definition, therefore, is that by use. A correct use renders definition unnecessary, because the law will speak plainly without it. And where it is unnecessary to define it is also dangerous, because an incorrect definition will confound the correct use*». La tendenza della dottrina americana a voler etichettare tutto e tutti, andando a creare una o più definizioni anche dove in realtà non se ne sentirebbe il bisogno, chiosa Thayer, è «l'istinto ereditato dagli avvocati e dai giudici inglesi» («*the inherited instinct of English-speaking lawyers and judges*»).

(50) Da questo punto di vista, nel caso *Summers v. Tice*, già citato alla nota 30, gli errori commessi per giustificare l'inversione dell'onere della prova sembrano davvero essere *clariora quam luce meridiana*, come recitava un famosissimo brocardo dei dottori medioevali. In quell'occasione, come abbiamo avuto modo di vedere, il giudice sostanzialmente stabilì che il *burden of persuasion* doveva ricadere sui convenuti e non sull'attore. Le ragioni principali in base alle quali è stata giustificata questa inversione dell'onere della prova sono state ragioni *lato sensu* di economia processuale, qualcosa di molto simile a quello che nella nostra dottrina viene indicato come vicinanza alla prova: «i convenuti hanno sparato, ergo per loro è più agevole, o comunque meno costoso, dimostrare l'assenza di colpa». Ora, a parte le riserve che sarebbe doveroso fare sulla effettiva esistenza di un espediente del tipo di quello della vicinanza alla prova, idoneo addirittura ad influenzare la ripartizione del carico probatorio tra le parti, resta il fatto che, se mai, l'onere probatorio che dovrebbe essere influenzato dalla maggiore facilità di una parte di procurarsi la prova di certi fatti dovrebbe essere il *burden of production*, e non il *burden of persuasion*. Per alcune riflessioni su questo punto è possibile consultare sin da ora il contributo di DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1161 e ss., e di WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 81. Le nostre opinioni sull'effettiva portata del principio di vicinanza alla prova e sugli altri stratagemmi utilizzati per invertire l'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, invece,

Proprio l'insostenibilità di questa situazione ha portato parte della dottrina angloamericana a contestare la reale utilità di una bipartizione dell'onere probatorio, il cui merito, si dice, sarebbe esclusivamente quello di creare molta confusione attorno all'effettivo funzionamento del generale principio dell'onere della prova, principio che resterebbe pur sempre, almeno concettualmente, un *quid* unitario. Com'era naturale, dal momento che il *burden of proof*, nel suo primo e più tecnico significato di *burden of persuasion*, è l'espressione di un'esigenza effettivamente sentita in ogni ordinamento moderno, vale a dire quella di evitare che il processo si possa concludere con un nulla di fatto qualora al termine dell'istruttoria si permanga in uno stato di *semiplena probatio*, l'indiziato principale di tale disfunzione dell'onere della prova è costantemente stato visto nel *burden of production*.

In altre parole, chi, nella dottrina angloamericana, ha attribuito alla scissione dell'onere della prova la responsabilità dell'insostenibile situazione confusionaria in cui si è venuta a trovare la giurisprudenza pratica, nella consapevolezza del fatto che il primo significato del *burden of proof* è effettivamente irrinunciabile – a meno che non si voglia regredire di duemila anni – si è scagliato con forza sul *burden of production* (51). Così, si è osservato, l'onere della prova è uno solo, e concerne la persuasione del soggetto deputato decidere la lite, mentre non esisterebbe un onere probatorio autonomo e preliminare di allegazione istruttoria. Fornire le prove di ciò si ha l'onere di provare non potrebbe essere considerato esso stesso un onere, trattandosi invece di un semplice *step* attraverso il quale è necessario passare se si vuole assolvere il proprio *burden of persuasion*, l'unico onere della

verranno formulate durante tutto il corso del presente lavoro, ma soprattutto nel capitolo dedicato specificamente alla ripartizione dell'onere della prova tra le parti e ai vari elementi che in qualche modo lo influenzano. Altri casi in cui il *burden of persuasion* è stato erroneamente invertito in conseguenza della commissione di errori di questo tipo sono riportati poi da WINSTON, *The Burden of Proof in Certain Civil Actions*, cit., 6 e ss., e da RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 85-86.

(51) Si è espresso in questi termini, tra gli altri, MARKHAM, *Why a "Burden of Production"?*, cit., 18-19. Dopo aver lodato l'importanza del *burden of proof*, nel suo primo senso di *burden of persuasion* («*the burden of proof, if reduced to its simple and unadulterated meaning, is a useful, and even necessary concept*»), sostiene poi che lo stesso non può dirsi per il *burden of production*: quest'ultimo, anzi, «fornisce un aiuto di cui non se ne sentiva il bisogno; non ha un valore pratico. E confonde non solo il nostro vocabolario, ma anche il nostro ragionamento» («*it supplies no crying need; it has no practical value. And it does confuse, not only our vocabulary, but our thinking*»). La conclusione è lapidaria: si dovrebbe «amputare» il *burden of production* «*from the body of legal thought and language*».

prova effettivamente esistente (52). Altri, invece, ha sostenuto che da un punto di vista pratico *burden of persuasion* e *burden of production* sarebbero in realtà la stessa cosa. Anzitutto, il peso dei due rispettivi oneri probatori sarebbe perfettamente equivalente. Nonostante il fatto che, a livello teorico, per superare il *burden of production* dovrebbe essere sufficiente presentare al giudice un quantitativo di *evidence* minore di quello che poi sarà necessario presentare ai giurati, poiché, in fin dei conti, si tratta pur sempre di superare un ostacolo preliminare, si osserva che i *lawyers* americani tendono comunque a offrire al giudice sin dall'inizio tutta l'*evidence* in loro possesso, al fine di tutelare al meglio la posizione dei clienti. Inoltre, i due *burdens* condividerebbero il medesimo *standard* probatorio. In altre parole, se il grado di convincimento che i giurati devono raggiungere per ritenere assolto il *burden of persuasion* è quello dell'*evidence* «*clear and convincing*», anche il giudice, quando dovrà decidere sull'assolvimento preliminare del *burden of production*, dovrebbe domandarsi se il potenziale persuasivo dell'*evidence* presentata dalle parti è idoneo a convincere i giurati al livello «*clear and convincing*» (53).

(52) Quella riportata nel testo è la posizione di FISK, *Burden of Proof*, cit., 267 e ss. Alla base di questa tesi stanno alcune interessanti considerazioni sui due significati che nella locuzione *burden of proof* sarebbe astrattamente possibile attribuire alla parola «*proof*». In un primo senso («*verb sense*»), essa andrebbe ad indicare l'attività dinamica di provare, di proporre istanze istruttorie («*the first meaning connotes action, a doing of something*»). In un secondo senso («*noun sense*», o «*substantive sense*»), essa sarebbe un sinonimo del singolo mezzo di prova offerto al giudice: il documento, il testimone, e così via («*the second meaning connotes something that is used during that action*»). Il *verb sense* corrisponderebbe al *burden of persuasion*, mentre il *noun sense* al *burden of production*, sì che quest'ultimo, in sostanza, da vero e proprio onere probatorio degraderebbe a mero mezzo attraverso il quale la parte onerata può assolvere il proprio *burden of persuasion*, l'unico onere della prova effettivamente esistente. La sterilità di parlare dell'onere della prova nel suo secondo senso, ossia nel *noun sense*, viene poi esemplificata attraverso una piacevole metafora: «si potrebbe anche parlare di un onere delle lettere dell'alfabeto nello scrivere una parola. Prese individualmente e separatamente, le lettere non significherebbero nulla, se non si considera chi sta scrivendo. Così, la prova, intesa nel suo *noun sense*, presa individualmente e separatamente, non significa nulla, se non si considera la parte che vi è onerata» («*One may as well speak of the burden of the letters of the alphabet in writing a word. Standing alone and unrelated, the letters mean nothing, no matter who is writing them. Likewise, substantive proof, standing alone and unrelated, means nothing, no matter on whose back or shoulders it is being carried*»). Che il *burden of production* sia in qualche modo «funzionale» all'assolvimento del *burden of persuasion*, anche da un punto di vista matematico e probabilistico, è stato affermato da MCNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion*, cit., 1382 e ss.

(53) Su queste riflessioni si veda il contributo di DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1152-1154 e 1181. La posizione di questo Autore, peraltro, ci pare veramente

Ora, naturalmente concordiamo su ciò che difficilmente si potrà disconoscere una verità linguistica elementare, vale a dire che più sono i nomi con cui ci si riferisce al medesimo istituto, più è probabile il rischio di confondersi e di non capire più di cosa si stia effettivamente parlando. Tuttavia, l'impianto argomentativo di questa dottrina, che, prendendo le mosse da questa considerazione, giunge sino a proporre *tout court* l'abolizione della bipartizione dell'onere della prova, ci sembra francamente esagerata, poiché si finirebbe per gettare via il proverbiale bambino con l'acqua sporca. Non a caso, del resto, si tratta di posizioni che sono rimaste sostanzialmente isolate. In verità, a partire dalla prolusione di Thayer sulla bipartizione dell'onere probatorio, la grande maggioranza della dottrina e la quasi totalità delle decisioni giurisprudenziali che ne sono susseguite hanno continuato e continuano tutt'ora a fare riferimento al *burden of persuasion* e al *burden of production*, nelle loro varie declinazioni terminologiche. Questa coriaceità della scissione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, del resto, non dovrebbe stupire una volta che si rifletta su quanto si è detto fino a questo punto. Ci riferiamo al fatto che la scissione del *burden of proof* sembra essere effettivamente una diretta discendente della concezione *adversarial* del processo e della presenza della giuria, due caratteristiche di cui la tradizione di *common law* è veramente orgogliosa e che non è disposta ad abbandonare in tutto o in parte nemmeno in favore di un'applicazione più fluida del principio dell'onere della prova. È proprio per questo motivo, crediamo, che è possibile dare una spiegazione

radicale, in quanto sembrerebbe essere l'unico a propugnare non solo l'abolizione del *burden of production*, ma financo quella del *burden of persuasion*. In effetti, nelle conclusioni del suo brillante saggio, egli propone il «totale respingimento» («*total rejection*») del *burden of proof* nel suo complesso, e «la sua sostituzione con una concessione del giudice di allegare per primi le prove, un potere officioso di richiedere più *evidence* alle parti, e un modello di istruzioni ai giurati che parli solo in termini di legge sostanziale» («*the substitution for it of a privilege to open the proof, a motion to produce more evidence, and a style of jury instructions that will speak solely in terms of the substantive law*»). Il riferimento alla legge sostanziale, come si ricorderà, è da ricollegare al fatto che secondo Dworkin la ripartizione del *burden of persuasion*, spesso influenzata dalle istruzioni del *judge* ai giurati, si risolve quasi sempre in una illegittima modifica della legge sostanziale, non prevista dal legislatore. Questi rimedi, si conclude, «*will simplify the law ... and make it harder for easy cases to make bad law*». Sugli *standards* probatori e, in particolare, sul problema della potenziale confusione tra lo *standard* probatorio del *burden of production* con quello del *burden of persuasion*, avremo modo di tornare più diffusamente nei paragrafi successivi.

ad alcuni eccessi di segno opposto che comunque si sono avuti in dottrina, quando taluno ha affacciato addirittura l'ipotesi di una tripartizione dell'onere della prova (54).

In altri conclusione, consapevoli del fatto che negli ordinamenti di *common law* l'onere della prova è effettivamente scisso in due distinte entità, e che l'utilizzo di diversi nomi per identificare il medesimo istituto giuridico possa ingenerare una seria confusione attorno agli effettivi confini del medesimo, proseguiremo nella nostra indagine parlando esclusivamente di *burden of persuasion* e di *burden of production*. Non solo, ma, sempre per chiarezza espositiva, lo faremo prendendo come riferimento il modello del *jury trial*,

(54) Già ARCHER, *The Law of Evidence*, cit., 55, nel 1919 osservava 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 «*the burden of introducing evidence*». Si confronti poi quanto scritto da SIM, *Burden of Proof in Undue Influence: Common Law and Codes on Collision Course*, cit., 222-223, il quale ha affiancato alle figure più consuete del *burden of persuasion* e del *burden of production* quella del «*tactical burden*», o «*provisional burden*». Questa terza figura di onere della prova viene descritta così: si tratterebbe di un *burden* «posto a carico della controparte una volta che il *burden of production* relativamente ad un determinato fatto è stato assolto dall'altra» («*the burden resting upon the opponent of an issue after the proponent has discharged the evidential burden*»); nonostante non sia obbligata a fornire la prova contraria sul medesimo fatto, «la controparte dovrà fornire la prova contraria se non vorrà assumersi il rischio che il fatto venga ritenuto provato a favore dell'altra parte» («*the opponent must either call evidence or take the risk that the issue will be found against him or her*»). Ora, dal nostro punto di vista, nessuna di queste tesi sembra essere davvero convincente, quantunque l'idea di una tripartizione dell'onere della prova possa comprensibilmente suscitare un certo fascino. Non quella di Archer, perché il «*burden of establishing the case*» e il «*burden of proving the affirmative*» sono sostanzialmente due sinonimi di *burden of persuasion*, o, meglio, non sono che due sue sfaccettature, come avremo modo di vedere successivamente. Del resto, è lo stesso Autore a precisare che l'onere della prova nelle prime due accezioni da lui individuate, a differenza del *burden of introducing evidence*, non passa mai da una parte all'altra («*never shifts from one party to the other one*»): la «immobilità» del *burden of persuasion* è uno dei perni attorno i quali ruota tutta la teoria classica, o «ortodossa», dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, a partire da Thayer, *sed de hoc infra*. Non quella di Sim, perché quelle da lui chiamate con l'eufemismo del «*tactical burden*», come dice egli stesso, sono le mere «*exigencies of litigation and do not denote any formal technique of risk allocation*». Si tratta, come ognuno vede, di una limpida descrizione del funzionamento del *burden of production* una volta che la parte che ne era onerata per prima ha assolto il suo onere probatorio preliminare, trasferendo l'onere stesso (o la palla, o il dischetto di legno) alla controparte. Domandarsi se si tratti esattamente del medesimo onere probatorio che prima aveva l'altra parte, ovvero di un onere probatorio diverso, che entra in gioco solamente una volta che l'altro sia stato assolto, si tratta di superfetazioni concettuali che certamente non aiutano l'interprete nello studio della reale portata del fenomeno. Di un «*tactical burden*» in una accezione analoga ha parlato anche STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, cit., 264.

limitandoci a richiamare volta per volta, se mai se ne sentisse il bisogno, eventuali particolarità del modello decisorio a giudice unico.

3. *Il burden of persuasion e gli standards of proof.* – Così impostato il piano di sviluppo del lavoro, il primo dei due oneri probatori che intendiamo prendere in considerazione è il *burden of persuasion* (55). Tale scelta ci è sembrata in un certo senso giustificata dal fatto che in quest’ottica, come si vedrà, la funzione svolta dall’onere della prova è la medesima tanto negli ordinamenti di *common law*, quanto in quelli di *civil law*. In questo modo, crediamo sia possibile sgomberare sin da subito il campo da quegli elementi che il giurista «continentale» troverà comunque familiari, rimanendo poi da prendere in considerazione solamente quelli relativi più strettamente al *burden of production*, entità che, al contrario, sembrerebbe essere pressoché sconosciuta al di fuori degli ordinamenti angloamericani.

Orbene, ciò che occorre subito sottolineare è che anche negli ordinamenti di *common law* l’onere della prova, inteso nel suo significato più tecnico di *burden of persuasion*, svolge la fondamentale funzione di permettere al giudice di decidere la controversia in ogni caso, vale a dire anche qualora al termine dell’istruttoria permanga incertezza attorno all’esistenza o all’inesistenza dei fatti di causa (56). Si tratta, in sostanza, di quello che da

(55) Per un inquadramento generale del *burden of persuasion* occorre anzitutto fare riferimento alla migliore letteratura manualistica: WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 270 e ss.; THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 353 e ss.; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 784; BLUME, *American Civil Procedure*, cit., 95 e ss.; MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 66 e ss.; CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., vol. II, 143 e ss.; HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, cit., 15 e ss.; ARCHER, *The Law of Evidence*, cit., 55 e ss.; NOKES, *An Introduction on Evidence*, cit., 457 e ss.; PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 51 e ss.; PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 125 e ss.; RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 95 e ss.; TRACY, *Handbook on the Law of Evidence*, cit., 18 e ss. In linea di massima poi, oltre a tutta la bibliografia che verrà citata alle note successive, è possibile confrontare i contributi di LOUGHRAN, *Evidence*, in GILMORE, WERMUTH, *Modern American Law. A Systematic and Comprehensive Commentary on the Fundamental Principles of American Law*, Chicago 1921, vol. XIV, 2, 136 ss.; di GORSKE, *Burden of Proof in Grievance Arbitration*, cit., 137-139; di ULRICH, *The Burden of Proof as to Testamentary Capacity in Wisconsin*, in *Marquette Law Review* 1960, vol. XLIII, 2, 218-219; di LINNE, *Burden of Proof Under Article 35 CISG*, in *Pace University International Law Review* 2008, vol. XX, 1, 35 e ss.; di HAMMOND, *Memorandum opinion for the classification review committee, Department of Justice*, cit., 173; di JOHNSON, *The Dangers of Symbolic Legislation: Perceptions and Realities of the New Burden-of-Proof Rules*, in *Iowa Law Review* 1999, vol. LXXXIV, 415-416, e di WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 76-80.

(56) Su questo punto occorre qui prendere in considerazione quanto sostenuto limpidamente da MCCORMICK, op. cit., 784, ove si legge che «un rischio di mancata persuasione

noi è stato definito come il «dogma» dell'onere della prova come regola di giudizio, e che, da un punto di vista storico, rappresenta il prodotto della progressiva evoluzione che si è avuta a partire dal processo romano classico, ove al giudice che non fosse stato totalmente persuaso dell'esistenza dei fatti di causa era consentito di non decidere, semplicemente dicendo di *sibi non liquere* (57). In altre parole, in base all'operare della regola di giudizio fondata sull'onere della prova è possibile, per il giudice, definire la lite anche qualora, dopo aver esaminato tutti i mezzi di prova forniti dalle parti, non sia completamente persuaso dell'esistenza o dell'inesistenza di determinati fatti; e, in casi di questo tipo, il giudizio verrà necessariamente chiuso mediante il rigetto della domanda della parte sulla quale incombeva l'onere della prova. In ultima battuta, dunque, dire che una parte è onerata della prova di un certo fatto giuridico significa che essa dovrà farsi carico del rischio che, al termine dell'istruttoria, il *trier of fact*, qualora non dovesse completamente rimanere persuaso dell'esistenza o dell'inesistenza di quel fatto giuridico, rigetti la sua domanda: negli ordinamenti di *common law* si parla a tal proposito di un «*risk of non-persuasion*» (58).

esiste naturalmente ogni volta che una persona tenti di persuaderne un'altra di agire o di non agire in un certo senso ... se l'altra persona non cambia le sue intenzioni di agire o non agire, quella che mirava ad ottenere il cambiamento ha naturalmente fallito» («*a risk of nonpersuasion naturally exists anytime one person attempts to persuade another to act or not to act ... if the other does not change his course of action or nonaction, the person desiring the change has, of course, failed*»); e, naturalmente, nel caso in cui non vi fosse una regola di giudizio fondata sull'onere della prova, «*one possible result would be that the trier of fact would purport to reach no decision at all*». In senso conforme, oltre ai contributi già richiamati alla nota precedente, si confrontino specificamente i rilievi di S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 75, e di S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 468-469. Sul fatto che sia proprio questa funzione dell'onere della prova a delimitare i confini più netti tra il diritto processuale e il campo delle scienze naturali, logiche e matematiche, rendendo intrinsecamente antiepistemica ogni regolamentazione normativa del diritto delle prove, abbiamo già avuto occasione di soffermarci nel paragrafo precedente, specialmente alla nota 19, ma avremo qui modo di approfondire ulteriormente il discorso.

(57) Della regola di giudizio fondata sull'onere della prova come di un dogma del nostro diritto processuale ne ha parlato espressamente MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 3 e ss. Su questo tema, anche per avere un quadro più esauriente dell'evoluzione storica delle pronunce di *non liquet*, si rinvia a VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 89 e ss., e ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 579 e ss., a MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Rivista di diritto processuale* 1997, 1064 e ss., nonché allo scritto di REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, cit., 704-713.

(58) Si tratta di un'espressione particolarmente diffusa nella dottrina inglese e statunitense. La utilizza, fra gli altri, WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 270 e ss.

Questa declinazione del principio dell'onere della prova come regola di giudizio, oltre che importantissima, ci sembra effettivamente essere l'unica funzione concretamente svolta dal *burden of persuasion*, nonostante il tentativo di una parte della dottrina angloamericana di riconoscere a quest'ultimo una portata ben più ampia di quella che realmente gli compete (59). In breve, tralasciando qui alcuni effetti meramente riflessi, o secondari, dell'attribuzione dell'onere della prova, come quelli che si avrebbero sul piano

(59) Quanto detto nel testo vale certamente per gli ordinamenti di *common law*, dove tanto il *burden of persuasion* quanto il *burden of production* non sono che degli eufemismi utilizzati per indicare le conseguenze giuridiche sfavorevoli cui la parte onerata andrà inevitabilmente incontro qualora non dovesse riuscire ad assolvere il suo onere probatorio. In altre parole, rispetto a quegli ordinamenti ci sembra corretto dire che il solo scopo del *burden of proof* è quello *lato sensu* sanzionatorio, che impone al giudice di definire il giudizio tutte le volte in cui la parte onerata non riesce a compiere quel tipo di attività impostagli dall'ordinamento perché considerata essenziale al fisiologico svolgimento del processo. Ci riferiamo, naturalmente, alla mancata produzione di un quantitativo sufficiente di *evidence* per giustificare la fase decisoria davanti alla giuria, che comporta un rigetto della domanda per il mancato assolvimento del *burden of production*; e alla mancata persuasione dei giurati sull'esistenza o inesistenza dei fatti allegati secondo un determinato *standard* probatorio, che conduce inevitabilmente ad un rigetto della domanda per il mancato assolvimento del *burden of persuasion*. Questo discorso, invece, non tiene più allorché lo si cali nel terreno dei principali ordinamenti di *civil law*, e specialmente nell'ordinamento italiano. Qui, invero, l'art. 2697, cod. civ., oltre a fissare in chiari termini il dogma dell'onere della prova come regola di giudizio, procede anche a quadripartire astrattamente i fatti giuridici in fatti costitutivi, estintivi, modificativi e impeditivi, lasciando poi che siano le singole norme a stabilire quando un fatto rientra nell'una o nell'altra categoria concettuale. In definitiva, nel nostro ordinamento, a differenza di quello angloamericano, il principio dell'onere della prova sembrerebbe svolgere una duplice funzione. Anzitutto, e in via preliminare, quella di suddividere la fattispecie costitutiva di ogni diritto soggettivo in quattro tipologie di fatti giuridici, al fine di stabilire su quale parte incomba l'onere probatorio: come tradizionalmente si insegna, l'attore sarà onerato della prova dei fatti costitutivi della sua pretesa, mentre invece il convenuto dovrà farsi carico della prova dei fatti estintivi, modificativi e impeditivi. Solamente in seconda battuta, vale a dire una volta che al termine dell'istruttoria si permanga in uno stato di *semiplena probatio*, il principio dell'onere della prova, operando come regola di giudizio, consentirà al giudice di decidere comunque la lite, rigettando la pretesa della parte che non ha assolto il proprio onere probatorio. Diversamente, come abbiamo già avuto modo di vedere nell'introduzione del presente lavoro, negli ordinamenti di *common law* non esiste una rigida quadripartizione dei fatti giuridici, e l'individuazione di cosa si debba considerare come «elemento necessario» della *cause of action* dell'attore, ovvero come una *affirmative defense* del convenuto, soprattutto ai fini della distribuzione degli oneri probatori, viene fatta direttamente dalle parti, attraverso la preliminare fase dei *pleadings*, ovvero dal giudice. Per un approfondimento di questa duplice funzione del principio dell'onere della prova nell'ordinamento italiano, rinviamo il lettore alle pagine di CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, cit., 3 e ss.

psicologico delle parti (60), non riteniamo affatto condivisibile la posizione di chi ha attribuito al *burden of persuasion* anche l'arduo compito di fornire ai giurati un aiuto nella delicata fase di *decision making* sui fatti di causa (61). Siamo invero convinti che si avrebbe qui a che fare con una evidente manifestazione dell'errore logico dell'*adducere inconueniens*, in quanto chi ne ha parlato lo ha fatto al solo fine di trarre poi un'argomentazione per sostenere l'intrinseca inutilità concettuale del *burden of persuasion*. Posto che il *burden of persuasion* entra in gioco solamente quando permanga incertezza intorno all'esistenza o all'inesistenza dei fatti giuridici, si è detto che si tratterebbe di un concetto inutile proprio perché, per diversi motivi, l'eventualità per la quale la lite venga a trovarsi in uno stato di effettiva incertezza sarebbe estremamente remota, quando non addirittura impossibile. Anzitutto, si dice, già solo per il fatto che al *fact finder* venga generosamente fornita una grande quantità di *evidence* da parte di legali esperti, le probabilità che la causa finisca per trovarsi in uno stato del genere si riducono drasticamente. Non solo, ma la circostanza che, negli ordinamenti di *common law*, il giudice che deve essere persuaso dell'esistenza o

(60) Rispetto a quanto affermiamo nel testo, HERTENSTEIN, *Assigning the Burden of Proof in Due Process Hearings: Schaffer v. Weast and the Need to Amend the Individuals with Disabilities in Education Act*, cit., 1046 e ss., ha parlato ad esempio di un «*emotional weight*» che l'onere della prova comporterebbe, specialmente rispetto ad eventuali fasi di negoziazione antecedenti al giudizio vero e proprio. Discorrendone a proposito dei *due process hearing* che potrebbero essere instaurati dai genitori, o comunque dai tutori di un minore con disabilità nei confronti di un istituto scolastico, obbligato a fornire appositi programmi educativi a scolari con difficoltà di apprendimento, si sostiene che se i dirigenti dell'istituto scolastico sono consapevoli del fatto che, in un'eventuale lite giudiziaria, sarà l'istituto stesso ad avere l'onere di provare la conformità e l'efficienza dei programmi educativi predisposti rispetto alle disabilità del minore, allora pur di non essere convenuti in giudizio sarebbero più propensi a prestare ascolto alle doglianze dei tutori. Viceversa, qualora siano questi ultimi ad essere consapevoli del fatto che, in un'eventuale *due process hearing*, l'onere di dimostrare l'inefficienza del programma educativo fornito dall'istituto scolastico graverà su di loro, già solo questo basterebbe a renderli più prudenti nell'iniziare una costosa lite giudiziaria nei confronti dell'istituto. *Contra*, JOHNSON, *The Dangers of Symbolic Legislation: Perceptions and Realities of the New Burden-of-Proof Rules*, cit., 444-445, secondo il quale, premesso che una situazione di perfetto equilibrio probatorio, risolvibile solamente mediante il ricorso alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova, sarebbe quantomeno utopistica, nega financo ogni pratica rilevanza al *burden of persuasion*: «*if a case is fully developed ... it matters little or not at all which party bears the burden*». Così anche STERN, *Trying Cases to Win*, New York 1991, 119, citato dallo stesso Johnson.

(61) Ci riferiamo soprattutto a DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1164 e ss.

dell'inesistenza dei fatti di causa è un giudice popolare e collegiale, formato da dodici persone «della strada» riunite nel segreto della *jury room*, ridurrebbe ulteriormente le probabilità che la causa venga a trovarsi in una situazione di perfetto equilibrio probatorio poiché i giurati finirebbero inevitabilmente per influenzarsi a vicenda. Viene fatto a questo punto l'esempio delle giurisdizioni in cui il verdetto deve essere votato all'unanimità da tutti i *jurors*, ove sembrerebbe essere piuttosto frequente il caso in cui anche qualora uno solo di essi non sia persuaso completamente della prova di un certo fatto giuridico, comunque finisca per essere influenzato dal fermo convincimento degli altri undici ed esprima un voto uniforme a quello della maggioranza (62).

Dal nostro punto di vista nessuna di queste argomentazioni sembra essere davvero convincente. Che all'onere della prova non possa essere riconosciuta una funzione di aiuto nel processo di *decision making* dei giurati ci sembra evidente per il solo fatto che se esso, come concorda anche la dottrina qui criticata, entra in gioco solamente quando i fatti giuridici che occorreva provare non risultano essere pienamente dimostrati, allora dovrebbe essere chiaro che trova applicazione solamente in un momento in cui il procedimento di *decision making* intorno alla effettiva esistenza o inesistenza dei fatti allegati in giudizio si è già concluso. In altre parole, non ci sembra corretto parlare – anche – del principio dell'onere della prova come di un aiuto al procedimento di formazione del convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti giuridici proprio perché questo principio trova applicazione solamente allorché quel procedimento è iniziato ma non può concludersi fisiologicamente, tanto che, una volta concluso, la causa rimane comunque in uno stato di incertezza probatoria. Stato di incertezza probatoria che, giova ricordarlo, se il giudice non avesse la possibilità di superare mediante il rigetto della domanda della parte onerata in applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, finirebbe per imporre una chiusura del processo in rito, allo stato degli atti. Solamente in questo senso, dunque, dovrebbe essere consentito parlare del principio dell'onere della prova come di un valido aiuto alla *decision making* della giuria, se non che,

(62) DWORKIN, op. cit., 1166-1167.

così facendo, si torna a quella che abbiamo indicato essere la funzione principale e irrinunciabile dell'istituto.

Dovrebbe apparire evidente, dunque, che se mai un aiuto alla *decision making* dovesse venire dal principio dell'onere della prova, quello non sarebbe un aiuto diretto a comprendere meglio cosa è stato provato e cosa non lo è stato, vale a dire un aiuto di tipo epistemico, bensì un aiuto squisitamente anti-epistemico. Invero, dopo che la fase di *decision making* si sia consumata senza risultati pienamente apprezzabili sul piano istruttorio, quello che il principio dell'onere della prova consente in via del tutto eccezionale di fare è di fondare la decisione su di una prova che per definizione è *inconclusive*, inidonea, vale a dire, a dimostrare alcunché (63).

(63) Su questo punto riteniamo di poter condividere solo in parte quanto sostenuto da uno dei nostri maggiori esperti dello studio del giudizio di fatto, TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 228 e ss. Secondo Taruffo, «la regola generale sull'onere della prova ha una evidente funzione epistemica: essa mira anzitutto ad imporre a chi ha allegato un fatto l'onere di dimostrare con prove che quel fatto si è davvero verificato»; questa regola sarebbe quindi «orientata a favorire l'accertamento della verità e a far sì che la decisione finale si fondi su tale accertamento», poiché «indirizza sulla parte che ha allegato un fatto la pressione a fornirne la prova, minacciando ... la sconfitta di quella parte nell'eventualità in cui il caso non risulti provato». A tal proposito, che è poi lo scenario in cui dovrà essere applicata la regola di giudizio fondata sull'onere della prova, si osserva che tale situazione si verificherà tanto nei casi in cui risulti dimostrata la falsità del fatto X, quanto in quelli in cui non risulti dimostrata la verità del medesimo fatto, posto che questi due enunciati «non sono equivalenti sotto il profilo logico ed epistemico, ma nell'ambito del processo essi sono considerati ... come funzionalmente equivalenti, dato che si tratta di forme diverse nelle quali si verifica la mancanza di prova della verità di un fatto enunciato».

Ora, sulla prima parte di questo passo, che abbiamo ritenuto opportuno riportare quasi per intero, siamo tendenzialmente propensi a condividere completamente quanto sostenuto da Taruffo, facendo peraltro una precisazione. È possibile parlare di una natura epistemica della regola dell'onere della prova intesa nella sua prima funzione, vale a dire quella che vuole rispondere concretamente al quesito «chi deve provare cosa», solamente se la ripartizione dei carichi probatori avviene in base ad un criterio epistemico quale è quello della vicinanza alla prova. Solamente in questo modo è possibile perseguire l'obiettivo dell'accertamento della verità «materiale» all'interno del processo mediante la ripartizione dell'onere della prova. Non a caso, lo stesso Taruffo, a pagina 234, incidentalmente ad una critica mossa contro le c.d. «presunzioni giurisprudenziali», non nega che la ripartizione dell'onere probatorio in base al criterio della vicinanza alla prova sia «epistemicamente valida», in quanto «mira a favorire l'acquisizione in giudizio della prova ... incrementa invero l'eventualità che il giudizio finale sul fatto venga formulato in base alla prova, piuttosto che sulla base della sua mancanza». Benissimo. A nostro avviso, peraltro, il dato che dovrebbe far riflettere è che il criterio della vicinanza alla prova non è l'unico che può essere utilizzato per modulare in un certo modo la ripartizione degli oneri probatori tra le parti. Vi sono

dei casi, riportati anche dallo stesso Taruffo, come quello dell'impugnazione dei licenziamenti fondati su motivi discriminatori di vario genere, in cui la suddivisione degli oneri probatori, nettamente più sfavorevole al datore di lavoro convenuto in giudizio, non ha niente a che vedere con la vicinanza alla prova, rappresentando semmai lo specchio di *social policies* percepite come meritevoli di protezione dalla comunità sociale complessivamente considerata. Senza contare poi tutte quelle interessantissime teorie, sviluppatesi soprattutto proprio negli ordinamenti di *common law*, che guardano il diritto processuale da una prospettiva *lato sensu* economica, e pretendono di studiare il problema della ripartizione dell'onere della prova attraverso l'ausilio di complicatissime funzioni ed equazioni matematiche e statistiche. Per queste teorie, la ripartizione dell'onere della prova è uno degli strumenti più importanti che l'ordinamento mette a disposizione per raggiungere il loro scopo, vale a dire ridurre al minimo l'incidenza dei costi del processo sul denaro pubblico e privato. Parliamo, come si sa, dei saggi di HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, cit., 413 e ss., di STEIN, *Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: the Law, its Rationale, a New Theory, and its Failure*, in *University of Miami Law Review* 1996, vol. L, 2, 335 e ss., e di LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, in *Brigham Young University Law Review* 1997, 1, 1 e ss., e di tutti quelli che avremo modo di esaminare quando andremo a parlare specificamente della ripartizione degli oneri probatori. Tornando ora al nostro discorso, ci sembra quindi evidente che in tutti questi casi non si potrà più dire che la regola della ripartizione dell'onere della prova, intesa qui nella sua preliminare accezione di stabilire quale parte dovrà provare un certo fatto piuttosto che un altro, abbia una funzione epistemica. Al contrario, bisognerà riconoscere che la ripartizione dell'*onus probandi* è un'entità multiforme, un potente mezzo attraverso il quale è possibile raggiungere una molteplicità di obiettivi: non solo l'accertamento della verità nel processo, appunto, ma anche il rispetto di *social policies* particolarmente pressanti, la riduzione dei costi del processo, e via dicendo.

La seconda parte del passo di Taruffo, invece, è certamente più pertinente al discorso che facciamo nel testo, poiché fa riferimento alla seconda funzione del principio dell'onere della prova, quella della regola di giudizio, che rappresenta a sua volta il ruolo propriamente svolto dal *burden of persuasion* negli ordinamenti di *common law*. Secondo Taruffo anche in questo senso la regola della ripartizione dell'onere della prova svolgerebbe una funzione epistemica: ma questa premessa viene poi sostenuta attraverso argomentazioni che suscitano, crediamo, delle perplessità, e alla fine risultano essere tra loro logicamente contraddittorie. Ma andiamo con ordine. Anzitutto, siamo pienamente concordi nel ritenere che, posto un fatto X, la prova della sua inesistenza e la mancata prova della sua esistenza non possono essere considerati come due enunciati equivalenti sul piano logico ed epistemico. Ma come è possibile poi che da questa premessa, sicuramente corretta, si arrivi ad affermare che, sul piano del processo, quelle due ipotesi sono «funzionalmente equivalenti», in quanto si tratterebbe di «forme diverse nelle quali si verifica la mancanza di prova della verità di enunciato di fatto» (corsivo nostro)? Quelle due ipotesi, a nostro avviso, non possono essere considerate come funzionalmente equivalenti proprio perché un conto è una decisione fondata sulla prova dell'inesistenza di X, un altro è una decisione fondata sulla regola di giudizio dell'onere della prova una volta che è mancata la prova dell'esistenza di X. Invero, nel primo caso la regola di giudizio fondata sull'onere della prova non è nemmeno da prendere in considerazione, poiché la decisione trova il suo fondamento in una prova «piena e perfetta» dell'inesistenza del fatto X, sì che, in ultima istanza, non ha nemmeno senso interrogarsi sulla sua natura epistemica o meno. Nel secondo caso invece, dato che la regola di giudizio fondata sull'onere della prova troverà applicazione, ci si potrà effettivamente domandare se essa contribuisce in qualche modo all'accertamento della verità dei fatti allegati in giudizio. Per quanto ci riguarda, non vediamo

Fin qui abbiamo parlato di quello che, a nostro avviso, è il ruolo concretamente svolto dal *burden of persuasion* negli ordinamenti di *common law*, e di come sostanzialmente ricalchi quello che da noi è stato inquadrato nella regola di giudizio fondata sull'onere della prova. Cambiando discorso, e volendo passare ad esaminare il profilo oggettivo di questo onere probatorio, ci sembra evidente che il *burden of persuasion* ha ad oggetto direttamente i fatti giuridici allegati dalle parti, i quali, in ultima istanza, dovranno essere provati come esistenti o come inesistenti da chi vi è onerato, pena altrimenti il rigetto della domanda per il mancato assolvimento dell'onere della prova. Naturalmente non intendiamo negare il fatto che comunque, al fine svolgere l'indagine sulla effettiva esistenza o inesistenza dei fatti giuridici che devono essere provati, la giuria angloamericana debba necessariamente esaminare l'*evidence* presentata dalle parti. Una presa di posizione di questo tipo prima che illogica sarebbe evidentemente assurda, dato che in ogni ordinamento il fine ultimo dei mezzi di prova è proprio quello di persuadere il *trier of fact* dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti allegati in giudizio. Quello che si vuole qui sottolineare, più semplicemente, è che rispetto al *burden of persuasion* l'*evidence* proposta dalle parti non è che il mezzo necessario che esse hanno a disposizione 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

davvero come sia possibile riconoscere natura epistemica alla regola di giudizio dell'onere della prova. Posto che una regola può essere definita come epistemica quando è diretta a favorire l'accertamento della verità dei fatti di causa all'interno del processo, non sembra plausibile attribuire questo aggettivo ad una regola che, per definizione, trova applicazione solamente in quei casi in cui si è in presenza di una «non prova» di un fatto, e che, eccezionalmente, consente al giudice definire comunque il giudizio nel merito pronunciando una decisione a fronte di fatti rimasti per l'appunto sprovati di prova. Per dirla con altre e diverse parole, a noi sembra evidente che la funzione di una regola di questo tipo non possa essere quella di favorire l'accertamento della verità dei fatti di causa, poiché il suo presupposto di applicazione consiste proprio nello scenario opposto: quello in cui la verità dei fatti di causa non può più essere accertata dato che si ha a che fare con prove *inconclusive*, prove, vale a dire, che per definizione non possono aiutare ad accertare alcunché, e tuttavia l'ordinamento impone al giudice di decidere la lite anche in questo caso. Per tutti questi motivi, quindi, non condividiamo l'equiparazione della prova dell'inesistenza del fatto X alla mancata prova dell'esistenza del medesimo, anche solo a livello «funzionale», e continuiamo ad essere dell'idea che la regola di giudizio fondata sull'onere della prova sia la regola antiepistemica per eccellenza.

esclusivamente al superamento dell'ostacolo preliminare del *pass the judge*. Per questo motivo, dunque, riteniamo sia corretto parlare in questi termini: 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.

Su questo punto, semmai, sembrerebbe sollevare un certo interesse quanto affermato dalla dottrina angloamericana a proposito di ciò che sussisterebbero tanti autonomi *burdens of persuasion* per ogni *fact in issue* (64). Si tratta senza alcun dubbio di una visuale inedita per gli ordinamenti di *civil law*, dove l'interprete è abituato a confrontarsi con un onere probatorio onnicomprensivo, che è del tutto indipendente dalla quantità dei fatti allegati. Volendo chiarire meglio questo passaggio con un esempio, è possibile pensare per un attimo alla fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno derivante da un fatto illecito. Come tutti sanno, la fattispecie costitutiva di quel diritto è composta dal danno subito dall'attore, dalla colpa del convenuto e dal nesso causale tra questi due elementi. Ora, 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 *burden of persuasion*. Si tratta, evidentemente, di una differenza che non può avere alcuna conseguenza apprezzabile sul piano dell'applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, giacché, nell'esempio fatto, l'attore che non assolve completamente il proprio onere probatorio

(64) Riteniamo sufficiente rinviare a Phipson, Elliott, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 51, dove si osserva molto chiaramente che «per ogni fatto giuridico esiste l'onere di una parte di persuadere il giudice del fatto» («on every issue, there is an obligation on one party to convince the tribunal of fact»), a S. Wexler, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 75, secondo il quale «there is a burden of proof on every fact in issue in every legal trial» (corsivo suo), a McCormick, *Charges of Presumptions and Burden of Proof*, cit., 305-306, a Dworkin, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1153, e a Anderson, *An Automobile Accident Suit. A treatise on the Pleading, Practice and Trial of an Automobile Damage Action, from its Inception to its Conclusion*, San Francisco 1934, 246 («when the plaintiff has proven each of the material facts in issue by the greater weight of the evidence, he has discharged the burden of proof incumbent upon him»). Conformemente, Cross, Tapper, *Evidence*, cit., 120-121.

andrebbe comunque incontro ad un rigetto della sua domanda risarcitoria, tanto negli ordinamenti di *common law*, quanto in quelli di *civil law*. Peraltro, come avremo modo di vedere meglio successivamente quando andremo a parlare della ripartizione degli oneri probatori tra il *plaintiff* e il *defendant*, questo diverso approccio all'oggetto del *burden of persuasion* sembrerebbe avere un impatto veramente notevole allorché si tratti di decidere se questo tipo di carico probatorio possa essere in qualche modo traslato alla controparte oppure no. Proseguendo nello stesso esempio, proprio questo approccio «atomistico» all'oggetto del *burden of persuasion* sembrerebbe aver contribuito in maniera rilevante al vivace dibattito che anima da sempre la dottrina e la giurisprudenza angloamericana circa la ripartizione dell'onere della prova dell'eventuale concorso di colpa dell'attore («*contributory negligence*»). Tuttora non è chiaro se la sua inesistenza sia un fatto costitutivo della *cause of action* risarcitoria del danneggiato o se la sua esistenza sia una *affirmative defense* del danneggiante, ma quel che è certo è che l'idea per cui questo fatto giuridico abbia un proprio onere della prova fornisce un valido appiglio argomentativo per farlo passare agevolmente dalla sfera probatoria dell'attore a quella del convenuto, senza scardinare del tutto lo schema teorico della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno (65).

(65) In uno dei lavori più classici in tema di *contributory negligence*, BEACH, *A Treatise on the Law of Contributory Negligence*, New York 1885, 421 e ss., si chiarisce che in questa materia il problema della ripartizione dell'onere della prova si identifica sostanzialmente nel conflitto tra due presunzioni: la presunzione di «buona condotta» («*presumption of due care*», o «*presumption of carefulness*») e quella che potremmo tradurre in senso lato come presunzione di colpa («*presumption of negligence*»). Brevemente, la prima sarebbe una derivazione della *presumption of innocence*, presunzione particolarmente forte nel diritto penale, e troverebbe il suo fondamento nella massima di esperienza per cui, tendenzialmente, «ogni soggetto è in grado di prendersi cura di sé stesso e ... attraverso l'esercizio della normale diligenza, di non recare pregiudizio» a terzi («*every man is able to take care of himself ... and, by the exercise of ordinary care, can keep out of mischief*»). La seconda presunzione, invece, non è altro che un eufemismo utilizzato per indicare quella generale espressione dell'ordinamento per cui chi afferma qualcosa prendendo l'iniziativa giudiziaria deve necessariamente fornirne la prova, onde evitare la situazione paradossale in cui l'attore possa risultare vittorioso al termine della lite senza nemmeno curarsi di dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi del proprio diritto soggettivo, ovvero l'inesistenza dei fatti costitutivi negativi, quale appunto il suo concorso di colpa nel danno subito. Anzi, da questo punto di vista si potrebbe in un certo senso dire che, di regola, l'assenza di ogni fatto costitutivo positivo, nonché la presenza di ogni fatto costitutivo negativo, è come se fosse presunta fino a prova contraria, prova che

appunto dovrà essere fornita dall'attore, pena altrimenti la soccombenza in giudizio: per un spunto in tal senso, si veda THAYER, *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 148 («*much of the substantive law is expressed presumptively, in the form of prima facie rules*»). Orbene, qualora si dovesse ritenere prevalente la prima presunzione è evidente che la presenza di un concorso di colpa dell'attore sarebbe da considerarsi come una *affirmative defense* del convenuto, vale a dire come un fatto impeditivo, e sarà proprio quest'ultimo ad essere onerato tanto del *burden of production*, quanto del *burden of persuasion* («*if the plaintiff may be presumed to have been in the exercise of ordinary care, then the burden of showing his contributory negligence will plainly be upon the defendant*»). Risolvendo quel conflitto tra presunzioni in favore della seconda, invece, la *contributory negligence* sarebbe vista come un fatto costitutivo negativo, e la prova della sua inesistenza ricadrebbe nella sfera dell'attore che agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno. Comunque, onde evitare di dilungarsi più del necessario su un discorso che verrà trattato ampiamente nel terzo capitolo, sarà qui sufficiente ricordare che nella giurisprudenza del Massachusetts, del Maine, del Mississippi, della Louisiana, della North Carolina, del Michigan, dell'Oregon, dell'Illinois, del Connecticut, dell'Iowa e dell'Indiana, si ritiene prevalente la presunzione di *negligence*, e, pertanto, si impone all'attore sia il *burden of production*, sia il *burden of persuasion*, dell'assenza di *contributory negligence*. Al contrario, per la giurisprudenza federale della Corte Suprema e per quella dell'Alabama, della California, della Georgia, del Kentucky, del Kansas, del Maryland, del Minnesota, del Missouri, del New Hampshire, del New Jersey, del Nebraska, dell'Ohio, della Pennsylvania, del Rhode Island, della South Carolina, del Texas, del Wisconsin, della West Virginia, del Vermont e del Colorado prevale la tesi opposta, vale a dire quella per cui la sussistenza di un concorso di colpa dell'attore è fatto impeditivo della sua pretesa risarcitoria, sì che dovrà essere allegato e provato dal convenuto come *affirmative defence*.

Non sembrerebbe trattarsi, peraltro, di due tesi assolutamente prive di punti di contatto, come sostiene invece lo stesso Beach quando afferma che «*between these two antinomies there seems to be no practicable middle ground*». Anzitutto, entrambe conoscono dei correttivi che mitigano i rispettivi schemi di riparto del carico probatorio. Da un lato, la giurisprudenza che vede nell'assenza di concorso di colpa dell'attore un fatto costitutivo della pretesa di quest'ultimo afferma tuttavia che l'onere della prova graverà sul convenuto tutte le volte in cui la negligenza attribuita all'attore sia particolarmente grave, o manifesta: si parla in questi casi di «*gross negligence*». È stata di questo tenore, ad esempio, una decisione del Massachusetts, *Copley v. New Heaven & Northampton Co.*, 136 Mass. 6. Dall'altro lato, coloro che parteggiano per la tesi opposta onerano l'attore di dimostrare l'assenza di un proprio concorso di colpa qualora già dai suoi atti di causa emerga qualche elemento che potrebbe far legittimamente pensare ad un suo contributo nella catena causale che ha portato al verificarsi del danno, come ad esempio quando, nell'azione di risarcimento del danno derivante da un incidente stradale, dagli atti di parte attrice sia possibile inferire che l'attore viaggiava oltre il limite di velocità consentito. Si vedano in questo senso *Hays v. Gallagher*, 72 Penn. St. 140 e *Winship v. Enfield*, 42 N. H. 197. Inoltre, anche volendo tralasciare l'esperienza giurisprudenziale dello Stato di New York, dove sostanzialmente le due impostazioni ora viste vengono applicate contestualmente, ripartendo l'onere della prova del concorso di colpa dell'attore in un modo o nell'altro in base a tutte le peculiarità del caso concreto, occorre prendere in considerazione la peculiare situazione del Tennessee, dove si adotta una ripartizione dell'onere della prova effettivamente «ibrida». Nel Tennessee, invero, si afferma che l'assenza di *contributory negligence* dell'attore è un fatto costitutivo negativo della sua domanda risarcitoria, sì che sarà quest'ultimo a doverne sopportare il *burden of persuasion*, ma, non disconoscendo assolutamente il valore della *presumption of due care*, si è scelto di onerare il convenuto del *burden of production*. Qui il

L'ultimo aspetto del *burden of persuasion* che dobbiamo prendere in considerazione è che si indirizza alla giuria: sono i giurati, non il giudice, che, in ultima istanza, dovranno essere persuasi dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti di causa (66). Si tratta, naturalmente, di una conseguenza del noto brocardo *ad quaestiones iuris respondeant indices, ad quaestiones facti respondeant iuratores*, che tendenzialmente trova negli ordinamenti di *common law* massima applicazione. In altre parole, dire che le questioni di fatto, o *matters of fact*, sono di competenza esclusiva della giuria significa proprio questo: che solamente la giuria sarà deputata a giudicare sulla effettiva esistenza o inesistenza dei fatti di causa.

È evidente, peraltro, che questo assunto non può essere inteso in modo assoluto e necessita quantomeno di una precisazione. Nonostante il fatto che il *burden of persuasion* svolga concettualmente la medesima funzione che svolge l'onere della prova negli ordinamenti di *civil law*, negli ordinamenti di *common law* si verifica un'interessante peculiarità: il soggetto che deve essere persuaso dell'esistenza dei fatti allegati non è lo stesso che, nel caso in cui non sia persuaso, andrà poi a pronunciare una decisione di rigetto applicando la regola di giudizio fondata sull'onere della prova. Invero, la pronuncia della sentenza con la quale si definisce la controversia spetta sempre al giudice togato. Per questo motivo, nel caso in cui la giuria permanga nell'incertezza rispetto a uno o più fatti di causa – a questo proposito si è parlato molto efficacemente di «giuria appesa», «*hung jury*» (67) – semplicemente dovrà renderne conto nel verdetto, e sarà poi il *judge* a rigettare la domanda dell'attore. È naturale, invece, che in un contesto in cui la giuria è assente il

leading case è una decisione del 1895, *Bamberger v. Citizens Street Ry. Co.*, 95 Tenn. 18, seguita poi da *Stewart v. Nashville*, 96 Tenn. 49, da *Tennessee Central Railroad Co. v. Herb*, 134 Tenn. 397, da *Memphis Street Railway Co. v. Carroll*, 141 Tenn. 265 e da molte altre decisioni che verranno esaminate successivamente. Sullo stato della giurisprudenza del Tennessee in tema di riparto dell'onere della prova della *contributory negligence* dell'attore, rinviamo a WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 81 e ss. Più in generale, per avere altre indicazioni su questo tema, oltre alla già citata monografia di Beach è possibile tenere in considerazione BLACK, *Proof and Pleadings in Accident Cases*, Jersey City 1886, 2 e ss., PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 128, RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 81 e ss., e HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, cit., 16 e ss.

(66) Si tratta di un'affermazione assolutamente pacifica in dottrina, rispetto alla quale ci limitiamo qui a rinviare alla bibliografia già citata alla nota 55 e nel paragrafo precedente.

(67) DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1164.

burden of persuasion non potrà che interessare il giudice togato, ristabilendo così un ulteriore parallelismo con gli ordinamenti di *civil law*.

Giunti a questo punto, il discorso attorno al *burden of persuasion* potrebbe ritenersi esaurito, non restando molto altro da aggiungere. Tutt'al più, si potrebbe fare un cenno ad un argomento diverso, ma strettamente legato alla problematica dell'onere della prova e, specialmente, proprio al *burden of persuasion*. Ci riferiamo qui ai c.d. «*standards of proof*», vale a dire gli «*standards* di prova»: si tratta, in sostanza, dell'individuazione del «grado» di convincimento, o di persuasione, che deve essere raggiunto dai giurati per ritenere assolto l'onere della prova (68).

Ma occorre fare subito alcune precisazioni. Anzitutto, come abbiamo già osservato, la materia degli *standards* probatori non interessa solamente il *burden of persuasion*, ma anche, seppur in misura minore, il *burden of production*. Con riferimento al *burden of persuasion*, che i giurati debbano raggiungere un certo livello di convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti allegati in giudizio sembra essere una conclusione addirittura ovvia, come del resto suggerisce il nome stesso attribuito a questo primo onere probatorio: non a caso, dunque, si è parlato a questo proposito della «misura di persuasione della giuria» (69). Ciò che non sembra essere direttamente intuibile, invece, sono le ragioni che sottostanno ad una sorta di graduazione del livello di convincimento richiesto ai giurati per ritenere assolto il *burden of persuasion*. Invero, come avremo modo di vedere tra poco, lo *standard* probatorio richiesto per superare il *burden of persuasion* è anzitutto diverso nei procedimenti penali e nei procedimenti civili, e in questi ultimi, è più o meno elevato in considerazione della natura della materia del contendere. Infine, anche

(68) Per un inquadramento generale sulla problematica degli *standards of proof* si rinvia a WIGMORE, *Evidence*, vol. IX, cit., 316 e ss.; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 793-802; BLUME, *American Civil Procedure*, cit., 96; NOKES, *An Introduction on Evidence*, cit., 481 e ss.; TRACY, *Handbook on the Law of Evidence*, cit., 21-23; HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, cit., 16 e ss.; PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 152 e ss.; RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 72-75; FISK, *Burden of Proof*, cit., 274 e ss., («*the burden of proof of a thing as a duty is something distinct from the amplitude of proof required to meet or satisfy it*»); HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, cit., 414, che a tal proposito parlano molto efficacemente di un «*level of confidence*» che deve essere raggiunto dai giurati.

(69) WIGMORE, op. cit., vol. IX, 316.

il *burden of production* conosce uno *standard of proof* che il giudice deve raggiungere per ritenere assolto questo onere probatorio preliminare ma, a differenza del *burden of persuasion*, lo *standard of proof* è qui unico, e si ricollega alla evanescente nozione di «*prima facie evidence*», nozione sulla quale avremo modo di tornare successivamente.

Per quanto concerne il *burden of persuasion*, la prima distinzione che bisogna fare in tema di *standards* probatori è dunque quella tra procedimenti penali e procedimenti civili. Nei primi, complici la marcata natura pubblicistica del giudizio e la onnipresente presunzione di innocenza a favore dell'imputato, i giurati non possono convincersi della effettiva esistenza dei fatti sostenuti dalla pubblica accusa se non raggiungendo lo *standard* probatorio del «*beyond any reasonable doubt*», vale a dire «oltre ogni ragionevole dubbio». Si tratta dello *standard* probatorio più rigido conosciuto dagli ordinamenti angloamericani. Nei procedimenti civili, invece, la questione degli *standards of proof* è molto più articolata. Brevemente, è possibile osservare come esistono diversi *standards* probatori in relazione alla materia oggetto del giudizio. La regola generale è che i giurati devono essere persuasi dell'esistenza o dell'inesistenza dei fatti mediante lo *standard* probatorio della «*preponderance of the evidence*», a volte denominato anche «*balance of probabilities*», ma in certe occasioni, specialmente quando vi è una connotazione pubblicistica più o meno sentita, si applica quello più rigido dell'*evidence* «*clear and convincing*». Peraltro, come avremo modo di vedere successivamente, tutti questi differenti *standards* probatori non sono rigidamente separati tra loro, non essendo affatto infrequente che nei procedimenti penali si finisca per applicare uno degli *standards* probatori tipici dei procedimenti civili e, viceversa, che in questi ultimi si stabilisca di applicare lo *standard* del *beyond any reasonable doubt*.

Prima di esaminare separatamente ciascuno di questi *standards* probatori, ci sembra opportuno svolgere alcune brevi considerazioni preliminari intorno ai rapporti sussistenti tra questi ultimi e il *burden of persuasion*, al fine comprendere meglio le ragioni che stanno alla base di ciascuno di essi nonché il loro effettivo funzionamento.

Da questo punto di vista, la prima domanda che l'interprete di *civil law* potrebbe porsi sarebbe con ogni probabilità quella relativa ai motivi che hanno spinto gli ordinamenti angloamericani a graduare quello che, fuori dal terreno della *common law*, viene

solitamente individuato in maniera unitaria nel principio del libero convincimento del giudice (70). Come si sa, in quasi tutti gli ordinamenti di *civil law* vi è una forte tradizione storica che contrappone le prove legali alle prove libere, dove la differenza principale sta appunto nell'indagine sul grado di persuasione che deve essere raggiunto dal giudice per ritenere un certo fatto come provato. In quest'ottica, infatti, le prove legali si contrappongono alle prove libere proprio perché nelle prime, usando le parole di Wigmore, non occorre nemmeno interrogarsi sulla «misura» del grado di persuasione del giudice, dato che il potenziale persuasivo della prova è fissato *a priori* dal legislatore, sì che il giudice dovrà semplicemente uniformarvisi. Da ciò deriva, in sostanza, che in Italia e negli altri ordinamenti di *civil law*, delle due l'una: o il potenziale persuasivo della prova è fissato direttamente dal legislatore, e allora non avrà nemmeno senso parlare di un'indagine sul grado di convincimento raggiunto in base alla medesima; oppure, trattandosi di prova libera, essa sarà a tutti gli effetti liberamente apprezzabile da parte del giudice, che le attribuirà un certo peso persuasivo del tutto svincolato da «gradi di persuasione» più o meno tipizzati, del tipo di quelli espressi dagli *standards* probatori angloamericani.

Nei Paesi di *common law*, invece, la situazione è radicalmente diversa. Essi non conoscono una contrapposizione tra prova legale e prova libera, o quantomeno non la conoscono nello stesso senso in cui è intesa da noi e negli altri ordinamenti di *civil law*. In quegli ordinamenti, invero, il potenziale persuasivo delle prove è sempre ponderabile dal giudice e dai giurati secondo il loro libero convincimento, senza che esistano delle prove il cui valore sia fissato direttamente dal legislatore. Non potrebbe essere altrimenti, del resto, una volta che si consideri che la *law of evidence* appartiene ad una tradizione storica

(70) Nell'ordinamento italiano il principio del libero convincimento del giudice è espressamente previsto dall'art. 116, 1° comma, cod. proc. civ. Si tratta di un tema che, per quanto affascinante, è estremamente complesso, e in questa sede non può essere affrontato se non nei limiti di quanto diciamo nel testo. Per ogni ulteriore riferimento, anche bibliografico, ci limitiamo a rinviare a due delle opere più classiche che la nostra dottrina ha dedicato a questo argomento: NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, e il commento all'art. 116, cod. proc. civ., di GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, ALLORIO (diretto da), Torino 1973, 1314 e ss.

ben diversa, il cui tratto distintivo è la progressiva creazione del diritto per opera della giurisprudenza pratica.

Tutto ciò, peraltro, non deve trarre in inganno, inducendo a guardare agli ordinamenti di *common law* come se fossero la «roccaforte» del principio del libero convincimento del giudice (71). In effetti, anch'essi conoscono un sistema di prova legale, solamente che in quegli ordinamenti ha assunto la forma delle c.d. «*rules of exclusion*», o «regole di esclusione» (72). Si tratta, in sostanza, di una fitta rete di regole dirette ad

(71) Così DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 31-33.

(72) Queste regole sono considerate come una sorta di eccezione al generale principio di rilevanza, principio per il quale una prova è sempre ammissibile per il solo fatto di avere ad oggetto un *fact in issue*, a patto che, appunto, la sua ammissibilità non sia impedita da una *rule of exclusion*. È questo il caso delle *Federal Rules of Evidence* americane, dove le Rules 401 e 402, che statuiscono in via generale il principio di rilevanza, sono poi seguite da tredici disposizioni che escludono l'ammissibilità di determinate prove. Così, ad esempio, la Rule 403 esclude l'ammissibilità di un mezzo di prova qualora il suo *probative value* sia molto inferiore al costo che la sua assunzione comporterebbe in termini di *unfair prejudice*, di confusione su uno o più punti di fatto, di ritardi ingiustificati, di esborsi eccessivi, e così via. Si è discusso molto sull'origine di un sistema di questo tipo e sulle ragioni che lo giustificano. Secondo la singolare impostazione di Bentham, ogni disciplina istruttoria, regole di esclusione comprese, non sarebbe altro che una delle tante espressioni del complotto sortito da giudici e avvocati a danno dei cittadini. Nella sua monumentale opera in cinque volumi, BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, Londra 1827, alla prima pagina del quinto volume si legge l'imperativo per cui «con riferimento alle prove, la loro ammissibilità, ossia la non esclusione ... è la regola generale», e che «il diritto delle prove è la base della giustizia: se si escludono le prove, si esclude la giustizia» («*in regard to evidence, admission, non-exclusion ... is the general rule*»; «*evidence is the basis of justice: exclude evidence, you exclude justice*»). La tesi del complotto, invece, è spiegata nel terzo capitolo del quarto volume, alle pagine 13 e seguenti, intitolato non a caso «*Cause of the vices of technical procedure, the sinister interest of the judge*». In breve, questo interesse «sinistro» del giudice sarebbe quello di lucrare sui costi del processo, sì che, in sostanza, quanti più ostacoli si frappongono tra i cittadini e un lineare accertamento della verità, di cui proprio le regole di esclusione sarebbero un chiaro esempio, tanto più le liti diventeranno complicate, contorte e, in un'ultima istanza, lunghe da definire, generando continui costi per le parti e continui guadagni per il giudice. Successivamente, a pagina 21, Bentham denuncia una comunanza di interessi tra il giudice e la classe forense («*the interest of the judge was, that there should be as many suits as possible: the interest of the professional lawyers was the same*»), che comporterebbe la nascita di una sorta di società occulta tra queste due figure professionali a scapito dei cittadini («*a sort of virtual partnership was thus established between these two species of lawyers*»).

A parte questa impostazione, che, per quanto suggestiva, non sembra essere pienamente condivisibile, si può dire che sono sostanzialmente due le tesi formulate per spiegare la nascita e la perdurante esistenza del sistema delle *rules of exclusion*. Secondo l'impostazione più tradizionale, che poi è anche quella più avvalorata, anche le regole di esclusione, come tutto il sistema della *law of evidence*, sarebbero «figlie della giuria», nel senso che escludere determinate prove avrebbe come

unico scopo quello di privare i giurati di alcuni dati probatori che potrebbero confonderli o, comunque, trarli in inganno. Questa tesi, in ultima battuta, fa perno su uno dei più stantii luoghi comuni sulla giuria, vale a dire la presunta ottusità ed ignoranza dei giurati, i quali, essendo semplici «uomini della strada» e non giudici professionali, sarebbero per ciò solo privi degli strumenti cognitivi necessari per valutare certi tipi di prove, che appunto per questo devono essere escluse. L'idea che sta alla base di questa tesi è ben chiarita in un inciso di un bellissimo saggio di LEITER, *The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence*, in *Brigham Young University Law Review* 1997, 4, 814-817, ove si parla a questo proposito di un «*epistemic paternalism*» che le regole di esclusione (ma il riferimento, a ben vedere, è a tutta la *law of evidence* considerata nel suo complesso) svolgerebbero nei confronti dei giurati. Su tale concetto di «paternalismo epistemico» si veda anche ALLEN, LEITER, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, in *Virginia Law Review* 2001, vol. LXXXVII, 1502, mentre, per ulteriori riferimenti a questa prima tesi, rinviamo alle pagine di TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 144 e ss., e di CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., vol. I, 26. Tutte le perplessità che suscita questa prima impostazione teorica del fondamento delle *rules of exclusion* sono state ben espresse da DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., 72 e ss. Secondo Damaska, in sostanza, dire che certe prove vengono escluse perché altrimenti confonderebbero i giurati è un discorso avente un significato semantico quasi nullo. Invero, per considerare valida questa argomentazione, bisognerebbe dimostrare anche che, a parità di dati probatori, i giudici togati non rischiano di correre in una simile confusione. E la fallacia di questa impostazione teorica starebbe proprio in questo: la maggior parte delle prove che vengono escluse, in realtà, sarebbe idonea a confondere tanto il giudice popolare, quanto quello professionale, sì che la giustificazione delle regole di esclusione dovrebbe essere ricercata altrove.

Una diversa ricostruzione, che fa capo principalmente ad Alessandro Giuliani e che riteniamo sicuramente più condivisibile di quella tradizionale, individua la giustificazione del sistema delle *rules of exclusion* nell'influsso che la retorica classica, specialmente quella di Ermagora di Temno (I sec. a. C.), ha avuto sugli ordinamenti di *common law*. Per quanto è di interesse in questa sede, sarà sufficiente ricordare brevemente che il contributo più importante portato dalla retorica ermagorea fu quello di invertire la tendenza aristotelica precedente, spostando tutta l'attenzione del retore dal fatto da provare (definito come «segno», o come «*status*») all'argomentazione cui si ricorre per provarlo, vale a dire l'*argumentum*. Sul versante del diritto delle prove, questo cambiamento di vedute ebbe conseguenze molto rilevanti. Oltre ad un mutamento nella gerarchia dei mezzi di prova, con una rinnovata preferenza per le *probationes artificiales* confezionate dal retore (come diceva Cicerone, «*apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent*»), se prima, con il sillogismo aristotelico, il fatto da provare poteva essere considerato come la conseguenza dei mezzi di prova forniti dai litiganti, ora, essendo venuto in primo piano il momento inventivo, ossia l'argomentazione, il fatto da provare non è che il dato in base al quale si ricava quali mezzi argomentativi sono dotati di maggiore forza persuasiva e quali non lo sono, o, appunto, quali sono ammissibili e quali sono da escludere. È qui, dunque, che nasce la logica dell'esclusione di certi mezzi di prova: non tutte le prove sono rilevanti, ma soltanto quelle che ammette ogni particolare *status*, perché è quest'ultimo che offre i canoni per stabilire ciò che è rilevante e ciò che invece non lo è. Resta peraltro da chiarire come sia possibile che un ordine di pensieri di questo tipo sia riuscito a influenzare dapprima i territori anglosassoni e da lì tutti gli altri ordinamenti di *common law*. Secondo Giuliani, il periodo storico cui fare riferimento è il XIV secolo. In quegli anni, mentre gli ordinamenti continentali, con la riscoperta del diritto giustiniano, si spinsero gradualmente verso l'adozione di un sistema di prova legale aritmetico, o «tariffario»,

escludere la *legal relevancy* di una determinata prova, in modo da evitare che la stessa possa essere portata all'attenzione dei giurati. Così, ad esempio, la *hearsay rule* impedisce l'assunzione della testimonianza indiretta, qualora sia possibile chiamare a deporre colui che ha percepito direttamente con i propri sensi i fatti che devono essere provati; la *parol evidence rule*, invece, impedisce che un soggetto possa essere chiamato a testimoniare sul

del quale la regola *unus testis nullus testis* rappresenta un classico esempio, nei territori di *common law* la retorica dell'*argumentum* continuò ad avere un fondamento incontrastato. Le ragioni di tale presa di posizione sono tutt'ora poco chiare, ma si pensa possa trattarsi di un concorso di diverse cause. Anzitutto, sarebbero da prendere in considerazione le modalità di insegnamento della *common law*, che, per lo meno nei primi tempi, non avveniva nelle università ma nelle *Inns of Court*, e aveva un approccio spiccatamente casistico, diretto a stimolare il dibattito su due punti di vista, parimenti sostenibili e, appunto, argomentabili. Ma non dovrebbe trascurarsi nemmeno l'autorità che in quei territori probabilmente veniva riconosciuta alla procedura romano-canonica, anche su organi giurisdizionali tradizionalmente non ecclesiastici, come la *Court of Chancery* e la *Star Chamber*. In ogni caso, è evidente che solamente ricollegando la nascita del sistema delle *rules of exclusion* alla retorica ermagorea è possibile spiegare tanto perché questo sistema continui ad essere vigente negli ordinamenti di *common law* nonostante l'inarrestabile declino della giuria, quanto perché esso sia presente anche in ordinamenti che, come la Scozia, pur appartenendo alla tradizione della *common law* e della *law of evidence* non hanno mai conosciuto la presenza della giuria, o, all'opposto, per quale motivo esso non si sia sviluppato anche in quegli ordinamenti di *civil law* che comunque, seppur per una breve parentesi storica come quella della Francia post-rivoluzione, abbiano istituito la giuria senza applicare anche la *law of evidence*. Ma v'è di più: vi sarebbero almeno altri due indizi che, a nostro avviso, farebbero propendere per l'esattezza della tesi di Giuliani, oltre che fornire preziosi chiarimenti su due dei punti più delicati della nostra indagine sulla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*. In primo luogo, si osserva come la stessa materia dei *pleadings* sia derivata anch'essa direttamente dalla impostazione della retorica di Ermagora, in quanto costituirebbe un'espressione dell'*ars opponendi et respondendi*. In effetti, il dichiarato fine della fase dei *pleadings* è quello di chiarire sin dall'inizio i punti che si andranno a discutere (*issues of fact*), sgomberando immediatamente il campo da ogni fatto irrilevante, in modo che, in base ad essi, sia possibile individuare subito quali prove siano da considerare ammissibili e quali no. In secondo luogo, proprio l'adozione di un'impostazione retorica di questo tipo, tutta incentrata sull'abilità del retore e sulla concezione della prova come *argumentum*, comporterebbe l'identificazione dell'onere della prova come un onore di persuasione del giudice: ciò che si è puntualmente verificato negli ordinamenti di *common law*, con la scissione dell'onere della prova in *burden of persuasion* e *burden of production*. La produzione bibliografica di Alessandro Giuliani, come si sa, è vastissima, e la tesi che abbiamo riportato viene sostenuta e ripresa in più contributi. Per questo motivo, ci limitiamo a rinviare a GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1971, 55 e ss., per la enucleazione della retorica ermagorea, assieme ai riferimenti sull'onere della prova, e 189-205 per la relazione sussistente tra quest'ultima e la nascita del sistema delle *rules of exclusion* negli ordinamenti angloamericani, oltre a ID., *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Juridical Review* 1969, vol. LXII, 216 e ss., e ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto* 1986, 81 e ss.

contenuto di un documento qualora sia possibile produrre il documento stesso, e così via (73).

Comunque sia, tutto questo discorso dovrebbe aiutare a comprendere che in sostanza, negli ordinamenti di *common law*, il principio del libero convincimento del giudice trova un'applicazione sicuramente atipica. Da un lato, non esistono prove il cui potenziale persuasivo viene fissato *a priori* dal legislatore, sì che tutte possono essere considerate delle prove libere, nel senso in cui se ne parla da noi e negli altri ordinamenti di *civil law*. Dall'altro lato, esistono comunque delle regole di prova legale, le quali operano però ad uno stadio anteriore a quello del convincimento, escludendo la *legal relevancy* – e, noi diremmo, l'ammissibilità – di determinati mezzi di prova in considerazione delle ragioni più svariate, che variano da regola a regola. Resta ancora da chiarire, peraltro, per quale motivo il convincimento che i giurati devono raggiungere per ritenere provato un determinato fatto, e, di conseguenza, per ritenere assolto il *burden of persuasion*, pur essendo effettivamente «libero», sia stato poi graduato secondo i vari *standards* probatori di cui stiamo discorrendo in questa sede.

Su questo punto, siamo convinti che una spiegazione potrebbe derivare dal fatto che ogni argomento rientrante in senso lato nell'alveo dell'onere della prova, come le presunzioni e, appunto, gli *standards of proof*, sembrerebbe essere legato a doppio filo quello che nel paragrafo precedente abbiamo individuato come il «diritto vivente», o le *social policies*, di un determinato contesto sociale, storicamente determinato. Dovrebbe essere evidente, cioè, che applicando lo *standard* probatorio più rigido del *beyond any reasonable doubt*, piuttosto che quello del *balance of probabilities* o quello dell'*evidence clear and convincing*, è possibile incidere sugli esiti del giudizio quasi allo stesso modo in cui è possibile farlo attraverso la ripartizione dell'onere della prova. In altri termini, sia ripartendo l'onere della prova in un certo modo, sia stabilendo in modo più o meno esigente il grado di convincimento che sarà necessario raggiungere per ritenerlo assolto, è possibile compiere

(73) Sulla *hearsay rule* rinviamo a quanto abbiamo già avuto modo di osservare precedentemente alla nota 45. Sulla *parol evidence rule* si veda invece WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 3 e ss.

scelte di politica sociale attraverso il processo, al fine di ottenere decisioni più rispondenti ai reali bisogni della comunità sociale di riferimento (74).

Da questo punto di vista, non sembrerebbe trattarsi di una mera casualità il fatto che anche rispetto agli *standards of proof* assume fondamentale importanza il potere del giudice di istruire i giurati. È il giudice, vale a dire, che nel momento in cui impartisce le sue istruzioni ai giurati, riassumendo le posizioni delle parti e le prove presentate, stabilisce tanto la ripartizione dell'onere della prova, quanto lo *standard* probatorio applicabile al caso concreto (75). Si tratta, naturalmente, di un passaggio particolarmente importante, che riprende quanto abbiamo già accennato nel paragrafo precedente e anticipa alcune delle conclusioni che verranno tratte solo successivamente. Ci riferiamo, in breve, al ruolo centrale che negli ordinamenti di *common law* deve essere riconosciuto al giudice nella ripartizione dell'onere della prova: è il giudice che stabilisce chi prova cosa, oltre che in relazione a quale *standard* probatorio dovrà farlo, e lo decide nel rispetto delle *social conveniences* promananti dal contesto sociale di riferimento. La ripartizione dell'onere della

(74) In questo senso, si veda ad esempio il voluminoso contributo di KAPLOW, *Burden of Proof*, cit., 740 e ss., diretto proprio a trovare una «*optimal evidence thresholds*» immediatamente ricollegata al *social welfare* in senso lato e destinata a rimpiazzare tutti gli attuali *standard* probatori; quello di S. WEXLER, *Burden of Proof, Writ Large*, cit., 78, ove si afferma che «*social attitudes are expressed in the way the law assigns the burden of proof and also in the weight of the burden of proof it assigns*» (enfasi nostra), e, infine, quello di BROWNING, *The Burden of Proof in a Paternity Action*, cit., 359, secondo il quale la funzione degli *standards* probatori sarebbe quella di chiarire al giudice del fatto «*the degree of confidence that our society thinks should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication*» (enfasi ancora nostra). Non solo, ma il fatto che nelle liti pecuniarie tra privati si applichi lo *standard* probatorio della *preponderance of the evidence* deriverebbe proprio da ciò che in quelle vicende «*society has a minimal concern with the outcome of the dispute ... thus the litigants share the risk of error in roughly equal fashion*». Al contrario, nei procedimenti penali si applica lo *standard* probatorio del *beyond any reasonable doubt* poiché i *social costs* derivanti da un erroneo giudizio di fatto sarebbero pressoché irreparabili, avendo a che fare con la libertà personale degli individui. In senso analogo, almeno con riferimento alla giustificazione sociale della rigidità di quest'ultimo *standard* probatorio, si consideri quanto sostenuto da MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 798-799, vale a dire che nei procedimenti penali «*society has judged that it is significantly worse for an innocent man to be found guilty of a crime than for a guilty man to go free ... the consequences to the life, liberty and good name of the accused from an erroneous conviction of a crime are usually more serious than the effects of an erroneous judgement in a civil case*».

(75) Così TRACY, *Handbook on the Law of Evidence*, cit., 20: «*in a trial by jury the jurors ... must be instructed by the judge on this question of the burden of proof*». In senso analogo, PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 71-72.

prova e la scelta dello *standard* probatorio applicabile, in definitiva, non sarebbero altro che la facciata dietro la quale si celano vere e proprie scelte di politica sociale e legislativa, che si cristallizzeranno nella decisione e potranno poi potenzialmente diventare vere e proprie norme giuridiche, rispettate da tutti i soggetti dell'ordinamento. Posto che il mezzo attraverso il quale queste scelte possono essere compiute all'interno del processo è la ripartizione dell'onere della prova, si ricava l'assoluta centralità che in un simile contesto deve essere riconosciuta al potere del giudice di istruire i giurati su tutti questi punti.

Date queste premesse è possibile ora analizzare partitamente i tre tipi di *standards of proof* applicati nel processo civile con riferimento al *burden of persuasion*, seguendo quest'ordine: prima quello della *preponderance of the evidence*, poi quello dell' *evidence clear and convincing* e, infine, quello del *beyond any reasonable doubt* (76). Dire che la prova deve essere raggiunta secondo uno *standard* piuttosto che un altro, equivale a dire che la giuria dovrà essere convinta che l'esistenza o l'inesistenza del fatto da provare sia rispettivamente «probabilmente vera» («*probably true*»), «più che probabilmente vera» («*highly probably true*») o «quasi certamente vera» («*almost certainly true*») (77).

Lo *standard* probatorio della *preponderance of the evidence* è quello più agevole da raggiungere ed è quello applicabile di regola nei procedimenti civili, quando non sia applicabile uno degli altri due. Si tratta, sostanzialmente, di un'indagine di tipo quantitativo e probabilistico: il *burden of persuasion* può ritenersi assolto quando le conclusioni che si possono trarre dall'*evidence* presentata dalla parte onerata superino, in termini di

(76) Come abbiamo visto per i due tipi di onere probatorio, spesso accade che anche i diversi *standards* probatori vengano chiamati con nomi diversi. Già solo nella Virginia, ad esempio, si conterebbero non meno di venti *standards of proof*, ma, in realtà, nessun dubita che spesso si parli della medesima cosa utilizzando nomi diversi. Così, è evidente che «*clear, cogent and convincing*», «*clear, positive and convincing*», «*strong, convincing and unequivocal*» siano tutti sinonimi di quello che, in assonanza alla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, chiamiamo *evidence clear and convincing*. Sull'inflazione terminologica nell'ambito degli *standards of proof*, con specifico riferimento a quello Stato, si veda MOON, *A Proposal to Simplify Virginia Burdens of Proof*, cit., 1 e ss., anche per puntuali riferimenti giurisprudenziali.

(77) MCBAIN, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, in *California Law Review* 1944, vol. XXXII, 246 e ss.

probabilità, quelle che è possibile trarre dall'*evidence* della controparte (78). In questo senso, se la parte onerata aveva l'onere di provare l'esistenza di un certo fatto, l'onere potrà dirsi assolto qualora la prova dell'esistenza è superiore al 50% rispetto a quella dell'inesistenza, sì che l'esistenza di quel fatto potrà considerarsi probabilmente vera («*more probable than not*») (79).

La definizione che abbiamo dato di questo primo *standard* probatorio è anche quella più diffusa nella giurisprudenza americana. A titolo esemplificativo, è possibile

(78) Per un inquadramento generale sullo *standard* probatorio della *preponderance of the evidence*, rinviamo alla trattazione di WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 325-334. Si confrontino poi CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., vol. II, 153-155, secondo il quale «*the standard of proof in the ordinary civil cases is that which produces a reasonable belief of the probability of the existence of material facts*», RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 72-74, che parla a questo proposito di una «*fair preponderance of evidences*», e NOKES, *An Introduction on Evidence*, cit., 481-486. Si veda poi BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, cit., 807 e ss.

(79) Naturalmente, dire che questo primo *standard* probatorio attiene più che altro al profilo quantitativo dell'*evidence* non significa banalmente che la parte che ha presentato un gruppo più nutrito di testimoni, o prodotto un numero maggiore di documenti, ha per ciò solo fornito un'*evidence preponderant* rispetto a quella della controparte. Invero, l'indagine del giudice del fatto dovrà tenere in considerazione il peso complessivo dell'*evidence* presentata dalle parti, in modo non dissimile a quello che avviene da noi quando si dice che il giudice deve esaminare le istanze istruttorie «complessivamente». Per uno spunto su queste riflessioni si vedano MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 793 e ss., e WIGMORE, op. cit., vol. IX, 334-335. Per un approfondimento dell'aspetto numerico del fenomeno, in termini di probabilità, rinviamo nuovamente al saggio di MOON, op. cit., 6 e ss., dove, partendo dal presupposto per cui «*there is a great overlap in the perception of the degree of persuasion required in differently expressed burdens*», vengono riportati i risultati di un'indagine statistica compiuta dal giudice Weinstein su dieci giudici federali. Da quella indagine è derivato, fra l'altro, che rispetto allo *standard* probatorio della *preponderance of the evidence*, tutti gli intervistati sono stati concordi nel ritenere che, al fine di considerare assolto l'onere della prova, il peso dell'*evidence* presentata dalla parte onerata dovesse essere superiore al 50%, ove per alcuni sarebbe sufficiente anche un 50,1% mentre per altri non si potrebbe scendere al di sotto del 51%. Per quanto riguarda lo *standard* dell'*evidence clear and convincing*, invece, le risposte date variavano da meno del 60% al 75%, e, infine, con riferimento allo *standard* del *beyond any reasonable doubt* alcuni hanno risposto 80%, altri 90% e uno addirittura 95%. L'indagine del giudice Weinstein è stata riportata da lui stesso nella *opinion* di un caso da lui deciso nel 1978, *United States v. Fatico*, 458 F. Supp. 388, 410 E. D. N. Y., ed è spesso riproposta come argomentazione da chi, proprio come Moon, propone una radicale revisione degli *standards* probatori, quantomeno al fine di creare una sorta di uniformità di vedute sia nella giurisprudenza federale, sia in quella dei singoli Stati. Su questi argomenti si veda anche MCCAULIFF, *Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence or Constitutional Guarantees?*, in *Vanderbilt Law Review* 1982, vol. XXXV, 1293 e ss., e POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies* 1973, vol. II, 408 e ss., nonché le critiche mosse da TARUFFO, *La semplice verità*, cit., 221.

ricordare qui *Norton v. Futrell*, dove si è affermato per l'appunto che il termine «probabilità» presuppone un elemento di dubbio, o comunque di incertezza, tale per cui tra l'*evidence* dell'attore e quella del convenuto non occorre scegliere quella rispetto alla quale il convincimento della giuria sia assoluto («*doubtless*»), ma è sufficiente che la scelta fatta sia più probabile di quella scartata (80).

Il secondo *standard* probatorio che dobbiamo esaminare, quello dell'*evidence clear and convincing*, presuppone un grado di persuasione dei giurati che è sicuramente più elevato di quello dello *standard* della *preponderance of the evidence*, ma non richiede che la probabilità dell'esistenza o dell'inesistenza del fatto da provare sia *almost certainly true*, come avviene invece per lo *standard* probatorio del *beyond any reasonable doubt*. Si colloca insomma in una ottimale via di mezzo tra gli altri due *standards* di prova, e proprio per questo è stato indicato come quello che, idealmente, in un'ottica di semplificazione, potrebbe rimpiazzarli entrambi (81).

Questo *standard* trova applicazione in una serie di casi che sono tutti contraddistinti dalla presenza di un profilo pubblicistico più o meno marcato, ovvero, ponendosi nell'ottica di chi ha guardato al problema degli *standards* probatori da un punto di vista di «*social welfare*», in tutti quei casi in cui un eventuale errore nel giudizio di fatto non comporti solo dei meri rischi economici per i litiganti, ma anche costi *lato sensu* sociali, come l'irrimediabile danneggiamento della reputazione di una delle parti e via dicendo (82). Nella giurisprudenza americana, lo *standard* della prova «chiara e convincente» è stato

(80) *Norton v. Futrell*, 149 Cal.App.2d 586, 308 P.2d 887 (1957). Conformemente, si vedano *Murphy v. Waterhouse*, 113 Cal. 467, 45 Pac. 866 (1896); *Taylor v. Felsing*, 164 Ill. 131, 45 N. E. 161 (1896); *Hogan v. Twin City A. T. Estate*, 155 Minn. 199, 193 N. W. 122 (1923); *Livanovitch v. Livanovitch*, 99 Vt. 275, 131 Atl. 798 (1926); *Reinhardt v. Nebring*, 291 S. W. 873 (1927); *Beckwith v. Town of Stratford*, 129 Conn. 506, 29 A.2d 775 (1942); *Shaw v. Seward*, 689 S. W. 2d 37, Ky. Ct. Appl. (1985).

(81) È la tesi di MOON, op. cit., 29-30: «*the identified problem may be remedied by replacing all other intermediate standards for the burden of persuasion with the clear and convincing standards*».

(82) Così BROWNING, op. cit., 360, il quale sostiene che in tutti i casi in cui si applica lo *standard* probatorio della prova *clear and convincing*, «*the adjudication usually involves more than a loss of money, and accordingly the risk to the defendant of having its reputation tarnished erroneously is reduced by increasing the plaintiff's burden of proof*». Questo approfondimento delle tesi di Browning rispetto allo *standard* probatorio dell'*evidence clear and convincing* può considerarsi come il naturale svolgimento di quanto

applicato fra l'altro nei seguenti casi: tutte le volte in cui sia emerso un profilo di truffa, o di frode («*charge of frauds*»), come ad esempio quando l'assicurazione, convenuta in giudizio dall'assicurato in forza di un contratto di assicurazione contro i danni derivanti da un incendio, si sia difesa affermando l'origine dolosa dello stesso (83); quando una parte doveva provare la «*undue influence*» esercitata dall'altra su un terzo soggetto, vale a dire un'attività diretta a circonvenirne la volontà o comunque ad indurlo in errore, come nell'eventualità in cui il beneficiario di una donazione o di un testamento risulti essere una persona più o meno estranea alla cerchia degli affetti del donante o del testatore, che tuttavia lo ha assistito nel periodo immediatamente precedente alla stesura della donazione o del testamento (84); sempre con riferimento alla materia testamentaria, nelle controversie aventi ad oggetto tanto l'interpretazione di un testamento, quanto il conflitto tra più eredi testamentari istituiti con diversi testamenti, ovvero il conflitto tra eredi

già accennato precedentemente alla nota 74. Ricapitolando brevemente i termini essenziali di questa tesi, la soluzione del problema dell'individuazione dello *standard* probatorio applicabile al caso concreto dovrebbe essere guidata da una riflessione sui costi derivanti da un erroneo convincimento del giudice intorno all'esistenza o all'inesistenza dei fatti di causa. Così, mentre nelle liti meramente pecuniarie, dove l'unico rischio che si corre è quello di una perdita economica del privato, sarebbe effettivamente più opportuno applicare lo *standard* meno stringente della *preponderance of evidence*, al contrario, nei procedimenti penali, dove i costi sociali derivanti da un'eventuale decisione erronea sono altissimi, sarà sicuramente più corretto applicare lo *standard* probatorio del convincimento dei giurati oltre ogni ragionevole dubbio. Di nuovo, si può osservare che in una posizione mediana tra questi due tipi di costi si collocano quei casi in cui interessi privati e interessi pubblicistici sono combinati tra loro, e allora diventerà opportuno applicare lo *standard* probatorio della prova *clear and convincing*. Similmente, anche LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, cit., 25 e ss., giustifica l'applicazione dell'*standard* probatorio del *beyond any reasonable doubt* nei procedimenti penali in considerazione del fatto che «*criminal remedies ... involve penalties such as imprisonment that result in a social loss*» (enfasi nostra).

(83) *Weininger v. Metropolitan Fire Ins. Co.*, 359 Ill. 584, 195 N. E. 420 (1935). Altri casi in cui è venuta in rilievo una *charge of fraud* e, in conseguenza di ciò, è stato applicato lo *standard* probatorio dell'*evidence clear and convincing* sono: *Lalone v. U. S.*, 164 U. S. 255, 41 L. Ed. 425, 17 Sup. 74 (1896); *Kansas M. O. M. Ins. Co. v. Rammelsberg*, 53 Kan. 531, 50 Pac. 446 (1897); *Harvey v. Phillips*, 193 Ia. 231, 186 N. W. 910 (1922); *Carty v. McMenamin*, 108 Or. 489, 216 Pac. 228 (1923); *Bowen v. Goodrich Co.*, 6th C. C. A., 36 Fed. 2d 306 (1929); *Holley Coal Co. v. Globe Ind. Co.*, 186 F.2d 291 (1950); *Buzard v. Griffin*, 89 Ariz. 42, 358 P.2d 155 (1961).

(84) *Downey v. Guilfoyle*, 93 Conn. 630, 107 Atl. 562 (1919); *Johnson v. Lane*, 369 Ill. 135, 15 N. E. 2d 710 (1938); *In re Mazanec's Estate*, 204 Minn. 406, 283 N. W. 745 (1939).

testamentari ed eredi legittimi (85); nelle azioni di paternità, promosse al fine di ottenere una dichiarazione giudiziale di paternità sostitutiva del riconoscimento («*paternity actions*») (86), e via dicendo.

È doveroso segnalare, peraltro, che, a differenza degli altri due, si tratta di uno *standard* probatorio la cui esistenza non è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza. In altre parole, negli stessi casi appena visti vi sono state altre decisioni che hanno escluso l'applicazione di questo *standard* probatorio, e hanno ritenuto preferibile applicare quello della *preponderance of the evidence*, quando non addirittura quello del convincimento *beyond any reasonable doubt* (87).

(85) *In re Ainscow's Will*, 42 Del. 3, 27 A.2d 363 (1942); *Lindley v. Lindley*, 67 N. M. 439, 356 P.2d 455 (1960). Su questo punto avremo modo di tornare nel terzo capitolo, quando analizzeremo specificamente la ripartizione dell'onere della prova in queste tipologie di azioni testamentarie.

(86) Ciò sembrerebbe avvenire sia quando l'azione è proposta dopo la morte del presunto padre, al fine di stabilire i diritti ereditari: *Industrial Nat'l Bank of R. I. v. Isele*, 108 R. I. 144, 273 A.2d 311 (1971); *In re Estate of Odom*, 397 So. 2d 420, Fla. Dist. Ct. App. (1981); sia quando ad essere contestata è la paternità di un figlio nato durante vincolo matrimoniale, la cui legittimità è proprio per questo presunta: *Angela B. v. Glenn D.*, 126 Misc. 2d 646 (1984). A volte, tuttavia, in quest'ultimo caso si applica lo *standard* probatorio del *beyond any reasonable doubt*.

(87) Ad esempio, con riferimento all'azione di paternità da un lato si è osservato molto semplicisticamente che lo *standard* probatorio applicabile deve essere quello della *preponderance of the evidence*, in quanto è lo *standard* normalmente applicabile per le azioni civili, quale è senz'altro quella di paternità: *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319 (1976); *Dorsey v. Enblish*, 283 Md. 522, 390 A.2d 1133 (1978); *Shaw v. Seward*, 689 S. W.2d 37, Ky. Ct. App. (1985). Dall'altro lato, nella West Virginia, a partire da *State ex rel. Toryak v. Spagnuolo*, 292 S. E.2d 654 (1982), e negli unici due Stati in cui ancora esistono i c.d. «*bastardy proceedings*» (Wisconsin e Georgia), lo *standard of proof* applicabile alle *paternity actions* è quello del *beyond any reasonable doubt*. Più in particolare, la decisione della Corte d'Appello della West Virginia che abbiamo citato ha sostenuto l'applicabilità dello *standard* probatorio della persuasione dei giurati oltre ogni ragionevole dubbio in base ad un parallelismo fatto tra la dichiarazione civile di paternità e quella che viene fatta in sede penale per condannare il padre a versare l'assegno di mantenimento, vale a dire i c.d. «*non-support proceedings*», che in alcuni Stati sono per l'appunto dei *criminal proceedings*. In altre parole, non sembrava corretto che lo *standard* probatorio rispetto al medesimo fatto fosse diverso a seconda della sede in cui doveva essere provato, civile o penale. Per un approfondimento su questo punto e sui *bastardy proceeding*, rinviamo a BROWNING, op. cit., 366 e ss. In tema di *undue influence*, invece, si veda *Bank of Commerce v. Stavros*, 20 Tenn. App. 662 (1937), dove sostanzialmente, dopo aver equiparato lo *standard* probatorio dell'*evidence clear and convincing* a quello del convincimento *beyond any reasonable doubt*, se ne è esclusa l'applicazione in quanto l'unico *standard of proof* per i procedimenti civili è quello della *preponderance of evidence*.

L'ultimo *standard* probatorio applicabile al *burden of persuasion* è, per l'appunto, quello del convincimento dei giurati *beyond any reasonable doubt*. Si tratta del più elevato grado di convincimento conosciuto dagli ordinamenti di *common law*, ed è tipicamente applicato nei procedimenti penali, salvo qualche eccezionale applicazione in quelli civili. A parte quanto appena visto per le *paternity actions*, nei procedimenti civili questo *standard* probatorio è stato applicato fra l'altro in due tipi di procedimenti che, nell'ordinamento italiano, rientrerebbero nella categoria dei processi amministrativi, mentre in quello americano vengono considerati civili per il solo fatto di non essere dei *criminal proceeding* (88). Si tratta, volendo fare qualche esempio, dei procedimenti diretti ad ottenere una sanzione amministrativa («*statutory penalty*») come conseguenza di una violazione della normativa sulla vendita di alcolici (89), nonché dei c.d. «*disbarment proceeding*», vale a dire i procedimenti disciplinari instaurati contro un legale per radiarlo dalla *bar association* (90). In entrambi i casi, una parte della giurisprudenza ritiene che la violazione della normativa sulla vendita di alcolici e l'illecito disciplinare contestato al legale debbano essere provati secondo lo *standard* di prova del *beyond any reasonable doubt*.

Non è del tutto chiaro, peraltro, cosa si debba intendere per convincimento dei giurati «oltre ogni ragionevole dubbio» (91). Anzi, dare una definizione di questa

(88) WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 327-328.

(89) *Barron v. Anniston*, 157 Ala. 399 (1908).

(90) *State v. Barlow*, 132 Nebr. 166 (1937).

(91) Da un punto di vista storico si può osservare con una certa sicurezza che la data di nascita di questo *standard* probatorio coincide con quella di un caso deciso a Dublino nel gennaio del 1798, *The King v. Patrick Finny*. Si trattava di un procedimento penale, ove si contestava all'imputato il gravissimo reato di *high treason*, alto tradimento, a causa del suo coinvolgimento nelle rivolte che in quegli anni i cattolici irlandesi portarono avanti contro la minoranza protestante. In quell'occasione, per la prima volta nella storia della *common law*, MacNally, che difendeva l'imputato, esortò il giudice a istruire i giurati nel senso che «per l'umanità e per la legge, *il dubbio* in seno alla giuria avrebbe dovuto essere considerato come una sicura assoluzione per l'imputato» («*by the humanity and the law, doubt in the breast of the jury, was a certain assurance of acquittal to the prisoner*»: enfasi presente nel testo citato). Il giudice, a quanto si apprende, consentì a istruire la giuria in questo modo, e l'imputato fu assolto. Il passaggio dell'arringa difensiva di MacNally appena citato, assieme al resto, è stato riportato qualche anno dopo nella sua monografia sulla *law of evidence*, MACNALLY, *The Rules of Evidence on Pleas of the Crown*, Londra-Dublino 1802, 2 e ss., assieme a quello che può essere considerato come il primo tentativo della dottrina di riempire di contenuto la scivolosa formula di «dubbio irragionevole». Si tratta, peraltro, di un tentativo riuscito solo in

espressione è così complesso che, secondo una parte della dottrina, i giudici, nel momento in cui istruiscono i giurati, non dovrebbero nemmeno provare a spiegarne il significato a meno che non siano i giurati a domandarlo espressamente (92). La giurisprudenza federale, in *Holt v. United States*, ha stabilito che il dubbio è «ragionevole» quando «rimane presente alla mente dei giurati per tutto il corso del giudizio, dopo aver ascoltato tutti i testimoni» (93). La giurisprudenza dei vari Stati, invece, ha via via dato definizioni sempre diverse. Ad esempio, nello Stato di New York, è stato affermato che il dubbio ragionevole non è «un banale capriccio, congettura o supposizione», ma è «un dubbio che un uomo ragionevole potrebbe avere dopo aver seriamente considerato tutte le prove proposte dalle parti» (94), mentre nel Minnesota si è semplicemente affermato che il dubbio ragionevole è quello «per il quale i giurati possono dare una spiegazione», dato che una

parte, poiché in quelle pagine si cerca più che altro di spiegare da quali circostanze o attività possa presumersi derivare la «ragionevolezza» di un dubbio, ponendo così l'accento sul discredito del testimone di controparte agli occhi della giuria mediante *cross-examination*: «*this reasonable doubt may result from various causes extrinsic of the evidence give upon oath; for a witness may be perfectly competent ... and yet not deserve credit from the jury ... the infamy of his character, drawn from himself upon a cross examination ... may render him unworthy of credit, even on his oath ... in all these and similar cases his credibility is, at least, questionable and ... doubt must arise in the minds of the jurors*». Per ulteriori spunti di carattere storico sullo *standard* probatorio del *beyond any reasonable doubt* si rinvia al saggio di MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, cit., 642 e ss.

(92) PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 153, NOKES, *An Introduction on Evidence*, cit., 480, e MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 799.

(93) Riportiamo questo passaggio per esteso: «*a reasonable doubt is an actual doubt that you are conscious of after going over in your minds the entire case, giving consideration to all the testimony and every part of it. If you then feel uncertain and not fully convinced that the defendant is guilty, and believe that you are acting in a reasonable manner, and if you believe that a reasonable man in any matter of like importance would hesitate to act because of such a doubt as you are conscious of having, that is a reasonable doubt, of which the defendant is entitled to have the benefit*». Il riferimento completo della decisione citata nel testo è *Holt v. United States*, 218 U. S. 245 (1910).

(94) *People v. Barker*, 153 N. Y. 111 (1897). In un'altra occasione la giurisprudenza newyorkese ha spiegato in modo indubbiamente vivace cosa non potesse essere considerato un dubbio «ragionevole»: non lo è il dubbio «fondato sulla riluttanza di un giurato debole, timido, rammollito, a compiere un compito spiacevole come quello di condannare un altro essere umano per la commissione di crimine» («*a reasonable doubt is not one based upon a reluctance of a weak-kneed, timid, jellyfish of a juror who is seeking to avoid the performance of a disagreeable duty, namely, to convict another human being of the commission of a serious crime*»). Così *People v. Feldman*, 26 N. Y. 127 (1947).

definizione di questo termine «non lo definisce, ma essa stessa abbisogna di un'ulteriore definizione» (95).

Comunque lo si voglia definire, dato che si tratta di uno *standard of proof* che interessa più che altro i procedimenti penali, per quanto è di interesse alla nostra indagine sulla ripartizione dell'onere della prova nei procedimenti civili potremmo sintetizzare dicendo che si tratta di uno *standard* che richiede un grado di convincimento piuttosto elevato, tendente alla certezza («*almost certainly true*»), nel senso che un eventuale errore sul giudizio di fatto sarà qui giustificato solamente per dubbi, appunto, «irragionevoli».

Tenendo presente tutto quanto abbiamo detto fin qui, lo *standard* probatorio del *burden of production* verrà esaminato nel paragrafo seguente, congiuntamente a questo secondo tipo di onere probatorio.

(95) *State v. Sauer*, 38 Minn. 438 (1888).

4. *Il burden of production.* – Veniamo così al secondo onere probatorio conosciuto dagli ordinamenti angloamericani, vale a dire il *burden of production* (96). Si tratta di un onere in un certo senso preliminare rispetto al *burden of persuasion*, ma non per questo di minore importanza teorica o pratica. Il *burden of production*, invero, è un onere probatorio estremamente flessibile, idoneo ad essere trasferito da una parte all'altra durante tutto il corso del processo, avente un suo proprio *standard* probatorio e, a differenza del *burden of persuasion*, sembrerebbe essere un istituto effettivamente sconosciuto agli ordinamenti di *civil law*. Sulla maggior parte di questi punti abbiamo già avuto modo di soffermarci brevemente nei primi tre paragrafi del presente capitolo. Si tratta ora di approfondire con la dovuta attenzione questi aspetti del *burden of production*, così da essere in possesso di tutti i dati che occorrono per poter poi svolgere una seria indagine sulla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*.

Orbene, come abbiamo già visto in una precedente occasione, il concetto del *burden of production* in sé e per sé considerato è molto semplice, non facendo altro che rispecchiare un'esigenza processuale sentita allo stesso modo in ogni epoca e in ogni ordinamento processuale. Si tratta della «*legal necessity*» (97) per la quale una delle due parti deve avere l'onere di mettere in moto il processo iniziando per prima a proporre i mezzi di prova aventi ad oggetto i fatti allegati in giudizio, ad esclusione dei casi in cui ne sia dispensata dalla loro notorietà («*judicial notice*»), da eventuali presunzioni, ovvero dalla non contestazione della controparte durante la preliminare fase dei *pleadings* («*judicial*

(96) Oltre che nella bibliografia specifica citata alle note seguenti, l'argomento del *burden of production* è trattato in via generale nei seguenti contributi: THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 357 e ss.; WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 278 e ss.; STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, cit., 115 e ss.; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 783 e ss.; ID., *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, cit., 291 e ss.; CROSS, TAPPER, *Evidence*, cit., 122 e ss.; RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 71 e ss.; CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., vol. II, 143 e ss.; BLUME, *American Civil Procedure*, cit., 96; PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 60 e ss.; REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, cit., 703 e ss.; FISK, *Burden of Proof*, cit., 263 e ss.; WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 76-81, e ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, cit., 220 e ss.

(97) Questa espressione, particolarmente efficace, è usata da LOUGHRAN, *Evidence*, cit., 137: «*so in the trial of every lawsuit this necessity of going forward with evidence is first upon one party, then upon the other, then back once more upon the party who sustained it first, and so on*».

admission). Rovesciando il discorso, e ponendosi dal punto di vista della teoria dell'onere della prova, si tratta di individuare quale delle due parti dovrà rimanere soccombente nel caso in cui i fatti giuridici sui quali si fondino le rispettive pretese, pur essendo stati ritualmente allegati in giudizio attraverso i *pleadings*, rimangano poi in tutto o in parte sforniti di prova (98). In questo modo, il processo non potrà mai venirsi a trovare in una fase di stallo, poiché anche prima che entrino in gioco il *burden of persuasion* ed il giudizio di fatto davanti ai giurati, una delle due parti avrà comunque l'onere di superare questo ostacolo preliminare di produzione istruttoria e, nel caso in cui non venga superato, sarà possibile per il giudice definire la lite *in limine*. Infine, dal punto di vista della tecnica del processo, ciò che si vuole evitare con l'imposizione di tale «onere istruttorio» è quello di svolgere un giudizio di fatto davanti ai giurati che sarà verosimilmente sterile. In altri termini, se il giudice togato reputa che le prove presentate dalla parte onerata non siano potenzialmente sufficienti a convincere i giurati sulla verità di quanto affermato nella domanda, o se, più semplicemente, non venga proposto alcun mezzo di prova, ciò giustifica un rigetto immediato della stessa pretesa senza nemmeno passare per un giudizio di fatto davanti ai giurati, giudizio di fatto che, evidentemente, non potrebbe concludersi fisiologicamente considerata la presenza di fatti giuridici in tutto o in parte non provati (99).

(98) In un caso deciso dalla House of Lords nel 1883, *Abrath v. North Eastern Railway Company*, 11 Q. B. D. 440 (1883), vi è un passaggio che chiarisce molto bene questo punto. Si legge infatti che «*in every lawsuit somebody must go on with it; the plaintiff is the first to begin, and if he does nothing he fails. If he makes a prima facie case, and nothing is done by the other side to answer it, the defendant fails. The test, therefore, as to burden of proof is simply to consider which party would be successful if no evidence at all was given, or if no more evidence was given than is given at this particular point of the case*». Nello stesso senso si è da sempre mossa anche la dottrina americana più autorevole. Sarà sufficiente ricordare qui RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 72, ove si osserva che «naturalmente per la parte onerata non esiste alcun obbligo giuridico di proporre un quantitativo di *evidence* sufficiente per superare il *burden of going forward* ... peraltro, il mancato assolvimento di quell'onere aumenterà il rischio di un *dismissal* o di un *directed verdict* a lui sfavorevole» («*there is, of course, no legal obligation on a party to introduce sufficient rebuttal evidence when the burden of going forward is placed upon him ... his failure to meet that burden, however, may subject him to the risk of a dismissal or of a directed verdict against him*»).

(99) Non a caso WIGMORE, op. cit., vol. IX, 294 parla a questo proposito di una «*sufficiency of evidence to go to the jury*», e MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 784, sottolinea che

Peraltro, quello che potrebbe essere di un certo interesse osservare in questa sede, è che il *burden of production*, pur rappresentando un'esigenza atavica in ogni ordinamento processuale, e dunque presente anche nelle primissime manifestazioni degli ordinamenti di *common law*, ha tuttavia una data di nascita ben precisa, che autorevole dottrina colloca intorno al 1850 (100). Prima di quella data, l'evoluzione storica della teoria dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* è stata invero abbastanza lineare. In Inghilterra, nel periodo immediatamente antecedente all'insediamento dei romani, l'onere della prova, non ancora scisso nelle due entità che oggi conosciamo, veniva ripartito in modo variabile a seconda del tipo di procedimento instaurato. Successivamente, per via dell'influsso della *civil law*, si diffusero anche nei territori anglofoni due delle caratteristiche più tipiche della ripartizione dell'onere della prova del diritto romano. Da un lato, quello che è stato definito come l'«*affirmative-of-the-issue approach*», cristallizzato nel famosissimo brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*, a mente del quale la parte onerata era sempre l'attore, vale a dire colui che prendeva l'iniziativa di radicare il giudizio chiamando in causa il convenuto, quasi come se dovesse giustificare questo suo atto di disturbo. Dall'altro lato, l'idea per cui questo onere della prova comprendesse due distinte attività: sia l'onere di proporre per primo le prove a sostegno dei fatti allegati in giudizio (101), sia l'assunzione del rischio che, dopo la prima allegazione probatoria e l'eventuale prova contraria proposta dalla controparte, il giudice non fosse comunque pienamente persuaso

«*the burden of producing evidence is a critical mechanism in a jury trial, as it empowers the judge to decide the case without jury consideration when a party fails to sustain the burden*».

(100) La breve ricostruzione storica delle origini del *burden of production* che svolgiamo nel testo è debitrice pressoché integralmente del bellissimo saggio di REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, cit., 703-712.

(101) Si tratta di un modo di dire consolidato negli ordinamenti di *common law*, dove si usa ancora parlare di un «*right to open*» come sinonimo di *burden of production*. Del resto, che l'onere della prova sia visto come un «onere», e dunque in una accezione negativa, è solamente un'invenzione recente. Al contrario, per molti anni poter provare le proprie affermazioni in giudizio era considerato un raro privilegio. Si vedano in questo senso DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1154-1155, e, soprattutto, POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2^a ed., rist., Cambridge 1968, 599 e ss., ove si ricorda che i primi giudici inglesi, più che imporre un carico probatorio, «riconoscevano» ad una parte o all'altra il beneficio di persuaderli della bontà delle loro affermazioni («*awarding the proof*»).

della bontà di quanto affermato nella domanda. La successiva conquista di quei territori da parte degli angli e dei sassoni andò di pari passo con la diffusione delle ordalie e dei giudizi di Dio, il che, come è intuibile, segnò il declino della teoria romana della ripartizione dell'onere della prova a favore della impostazione opposta, vale a dire il «*negative-of-the-issue approach*». Invero, una volta che ci si sia posti nell'ottica dei giudizi ordalici dovrebbe essere evidente che se un soggetto accusato di qualche crimine veniva sottoposto, ad esempio, all'ordalia del ferro rovente, egli aveva l'onere di persuadere la divinità della sua innocenza reggendo il ferro per un certo periodo di tempo o per una certa distanza. L'ultimo insediamento straniero conosciuto dai territori inglesi, vale a dire quello normanno, vide una progressiva diffusione del duello giudiziario, o «*trial by battle*», a scapito di tutti gli altri giudizi di Dio. Dal punto di vista della teoria dell'onere della prova, che è quello che qui ci interessa, possiamo osservare che l'esperienza normanna ripristinò l'approccio romanistico. L'attore, o, più spesso, il campione che lo rappresentava, poteva vincere la lite solamente sconfiggendo l'avversario, il che equivaleva a una specie di onere di persuasione del giudice: quest'ultimo, in altre parole, sarebbe stato più o meno convinto della verità di quanto affermato dall'attore in considerazione della dimostrazione della sua forza fisica nel duello. Quando poi, finalmente, il *trial by battle* fu a poco a poco rimpiazzato dal *trial by jury*, l'*affirmative-to-the-issue approach* importato dagli ordinamenti di *civil law* continuò a trovare ferma applicazione. Pertanto, anche nel processo con giuria, l'onere della prova, pur continuando ad essere formalmente inteso come una figura unitaria, veniva a configurarsi nel duplice senso che abbiamo visto, vale a dire sia come un onere di allegazione probatoria preliminare, sia come un onere di persuasione dei giurati. Ed esso, tendenzialmente, ricadeva sempre sull'attore.

Tale situazione si è protratta inalterata fino alla seconda metà del 1800, quando due innovazioni nella *law of evidence* hanno portato alla nascita di quello che oggi indichiamo più precisamente come *burden of production*. Ci riferiamo da un lato allo sviluppo e alla diffusione della c.d. «*peremptory ruling practice*», e, dall'altro lato, all'abbandono della concezione atomistica della funzione dei *pleadings* rispetto agli *issues of fact*, mediante l'introduzione di «*alternative pleadings*» e «*multiple defenses*».

La *peremptory ruling practice* – ma si usa parlare anche di «*directed verdict*», di «*nonsuits*» e di «*demurrer to evidence*»: *sed de hoc infra* – trova applicazione quando la parte onerata non assolve il proprio *burden of production* perché, pur avendo radicato il giudizio, non ha tuttavia offerto alcun mezzo di prova a sostegno delle proprie affermazioni, oppure, pur avendo sottoposto all’attenzione del giudice alcuni mezzi di prova, questi non stati reputati come idonei a fondare potenzialmente il convincimento dei giurati. Con questa espressione ci si riferisce, in sostanza, alle conseguenze sfavorevoli che comporta il mancato assolvimento di quell’onere probatorio preliminare. In questi casi, invero, la controparte, che solitamente sarà il convenuto, ha diritto a domandare al giudice un rigetto immediato della domanda dell’avversario senza nemmeno la necessità di attendere al giudizio di fatto davanti ai giurati, rigetto che sarà appunto giustificato dal non assolvimento del *burden of production*. Questa *practice* oggi è pacificamente ammessa e riconosciuta negli ordinamenti di *common law*, oltre ad essere testualmente prevista dalle *Federal Rules* americane (102), ma, storicamente, la prima occasione in cui un convenuto domandò al giudice di rigettare immediatamente la domanda dell’attore in conseguenza della sua inattività probatoria risale addirittura ad un caso inglese del 1725, *Syderbottom v. Smith* (103). A partire da questa data, l’effetto principale di garantire al convenuto il diritto di domandare al giudice il rigetto *in limine* della domanda ogni volta che l’attore non avesse offerto in tutto o in parte mezzi di prova idonei a giustificare la successiva fase del giudizio di fatto davanti ai giurati,

(102) Si tratta della Rule 56, rubricata «*Summary Judgements*», ove si prescrive fra l’altro che «*the court shall grant summary judgement if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgement as a matter of law*».

(103) REAUGH, op. cit., 706-707. Il caso *Syderbottom v. Smith*, 1 STR. 649, E.R. (1725), è citato da SMITH, *The Power of the Judge to Direct a Verdict: Section 457-a of the New York Civil Practice Act*, in *Columbia Law Review* 1924, vol. XXIV, 2, 111 e ss. Da quest’ultimo contributo, peraltro, apprendiamo che le conclusioni tratte in *Syderbottom v. Smith* furono successivamente riprese in più decisioni. Ad esempio, in *Gibson v. Hunter*, 2 H. Bl. 187, E.R. (1793), citato anche da THAYER, *A Preliminary Treatise on the Law of Evidence*, cit., 235, fu espressamente stabilito che il convenuto che domandi un *demurrer to evidence* «*forfeited the opportunity of putting in his own evidence and having the jury to decide the issue*». Mentre in *Company of Carpenters v. Hayward*, 1 Douglas 374, 99 Eng. Reprints 241 (1780), si afferma che «*whether there be any evidence, is a question for the judge ... whether sufficient evidence, is for the jury*». Giunto a questo punto, peraltro, il discorso finisce per intrecciarsi con quello relativo alla *prima facie evidence* e allo *standard* probatorio applicabile al *burden of production*, ma sono tutti punti sui quale ci riserviamo di tornare a breve nelle successive pagine del nostro lavoro.

è stato appunto quello di creare un nuovo e distinto onere probatorio, parallelo al *burden of persuasion*.

L'introduzione di *alternative pleadings* e *multiple defenses*, invece, ha alimentato ulteriormente il procedimento di scissione dell'onere della prova attraverso un incremento piuttosto sostanzioso degli *issues of fact* potenzialmente idonei ad essere discussi nel processo. In breve, veniva ora riconosciuta al convenuto la possibilità di difendersi non solo contestando quanto sostenuto dall'attore, ma anche eccependo nuovi e diversi fatti storici diretti a privare di rilevanza quelli allegati da quest'ultimo, vale a dire le *affirmative defenses*. Rispetto a ciascuno di questi nuovi fatti allegati dal convenuto occorre domandarsi, naturalmente, a chi spettasse l'onere della prova e, soprattutto, di quale onere si stesse parlando: se dell'onere della prova «vero e proprio», ossia il *burden of persuasion*, o, appunto, di un onere diverso, e in un certo senso preliminare, vale a dire il *burden of production* (104).

(104) REAUGH, op. cit., 707-709, parla a tal proposito di un abbandono della «*singleness of issue ideals*» degli ordinamenti di *common law*. Per un approfondimento di come questa seconda innovazione della *law of evidence* sia riuscita a contribuire a scindere l'onere della prova in *burden of persuasion* e *burden of production*, si confrontino le conclusioni di LANGDELL, *Discovery under the Judicature Acts*, 1873, 1875, in *Harvard Law Review* 1897, vol. XI, 3, 137 e ss. Anzitutto, dallo scritto di Langdell apprendiamo che per uno dei capisaldi della teoria dei *pleadings* nella *common law*, vale a dire il principio della c.d. «*compulsory admissions*», «*every controversy was reduced to a single issue*». Questo segnava una differenza importante tra la teoria dei *pleadings* della *common law* rispetto a quella della *civil law* e della *canon law*, e trovava la sua giustificazione direttamente nella presenza della giuria. In altre parole, proprio la presenza della giuria, giudice popolare e collegiale cui veniva riservata la cognizione delle questioni di fatto, imponeva non solo che sin dall'inizio del procedimento fossero ben chiari i punti di fatto controversi tra le parti, ma addirittura che le controversie stesse avessero ad oggetto un solo *fact in issue* («*it was ... a cardinal doctrine that trial by jury made it necessary that the controversy should be reduced to a single point (called an issue); and, indeed, the notion that every controversy must by pleading be reduced to a single point became so deeply rooted in the minds of common-lawyers, that they supposed it must be the chief object of every system of pleadings*»). Questo principio, peraltro, conosceva diverse eccezioni. A parte tutte le innovazioni introdotte a livello legislativo con il *Common Law Procedure Act* del 1852, in base al quale «*any plaintiff was authorized, without leave of court, to traverse the whole of any plea or subsequent pleading of the defendant, and any defendant was authorized to traverse the whole of any replication or subsequent pleading of the plaintiff*», Langdell osserva che l'eccezione più importante riconosciuta a quel principio fu quella nota come «*traverse of the general issue*», un'attività difensiva mediante la quale il convenuto non contestava specificamente uno o più fatti allegati dall'attore, bensì, più in generale, le conclusioni logicamente inferibili dal loro insieme. Così, volendo fare un esempio, se l'attore conveniva in giudizio il convenuto per ottenere il pagamento di un diritto di credito, egli poteva contestare punto per punto i fatti allegati in giudizio su cui si fondava la pretesa

Giunti a questo punto del discorso dovrebbe essere ormai chiaro il funzionamento del secondo onere probatorio conosciuto dagli ordinamenti di *common law*. Si tratta, come abbiamo detto, di un onere preliminare rispetto al *burden of persuasion*, dove quell'aggettivo sta ad indicare il fatto che esso rappresenta una sorta di ostacolo da superare per poter raggiungere lo stadio successivo, vale a dire quello del giudizio di fatto davanti ai giurati. Parlare del *burden of production* come di un ostacolo preliminare da superare rende bene l'idea dell'effettivo funzionamento di questo carico probatorio. Invero, se la parte onerata non offre un quantitativo di *evidence* sufficiente per giustificare la successiva fase davanti alla giuria, egli si vedrà rigettare la propria pretesa direttamente dal giudice, senza che sia nemmeno necessario ottenere il verdetto dei *jurors* (105).

Si tratta ora di chiarire quando l'*evidence* proposta dalla parte possa essere considerata come concretamente idonea ad assolvere il *burden of production*. Questo tema si riallaccia a quello degli *standards of proof*, che, come abbiamo visto, pur incidendo in misura maggiore sul *burden of persuasion*, rispetto al quale gli ordinamenti di *common law* conoscono addirittura tre differenti *standards* probatori cui rapportare il convincimento dei giurati, interessa anche il *burden of production*. Più in particolare, rispetto all'onere probatorio che stiamo prendendo ora in considerazione esiste un solo *standard of proof*, che si ricollega in sostanza alla nozione di «*prima facie evidence*». In altre parole, è opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza che il *burden of production* possa ritenersi assolto solamente quando l'*evidence* proposta dalla parte onerata possa essere considerata come una prova «*prima facie*»

dell'attore, oppure, in via più generale, poteva opporre come *general issue* di non dovere nulla (*nihil debet*). In questo modo il *defendant* «non solo costringeva l'attore a provare tutti i fatti allegati, ma poteva egli stesso allegare e provare ogni eccezione idonea a dimostrare che non avesse alcun debito nei confronti dell'attore» («*could not only put the plaintiff to the proof of everything alleged in the declaration, but could also himself prove any affirmative defence which showed that he was not indebted to the plaintiffs*»).

(105) Così WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 279, il quale sottolinea che se il *burden of production* non viene assolto dalla parte che vi è onerata, «*the party in default loses, by order of the judge, and the jury is not given an opportunity to debate and form conclusions as if the issue were open to them*».

idonea a fondare il convincimento dei giurati, e, proprio per questo, una prova superiore alla «*mere scintilla of evidences*» (106).

In questo modo, peraltro, è evidente che il discorso si sposta verso l'individuazione del significato da attribuire a questa espressione (107). L'opinione più

(106) Per un iniziale approfondimento della nozione di prova «*prima facie*» si vedano WIGMORE, op. cit., vol. IX, 293 e ss.; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 789 e ss.; ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, cit., 221 e ss., e C. WEXLER, *On Burdens, of Proof and Otherwise: Lord Wilberforce's Use of the Phrase "Prima Facie"*, cit., 58-62. Della *prima facie evidence* come di uno stadio superiore a quello della *mere scintilla of evidence* parla espressamente ABBOTT, op. cit., 222: «*we see, then, that the plaintiff has always the burden of carrying his case beyond the region of mere scintilla*», dove, appunto, l'onere probatorio di cui si parla è il *burden of production*, e la «regione» di convincimento che occorre raggiungere per assolverlo, che si trova oltre quella della *mere scintilla of evidence*, è quella della *prima facie evidence*. Su questo punto si tenga in considerazione anche quanto riportato in nota da MCCORMICK, op. cit., 789, a proposito della «leggenda» della c.d. «*scintilla rule*», a mente della quale «*an adverse verdict could be directed only when there was literally no evidence*». Ma si tratta di una teoria che è stata oggi abbandonata: così, oltre allo stesso McCormick, si veda anche WIGMORE, op. cit., vol. IX, 296-297.

(107) Incidentalmente: come ci ricordano WIGMORE, op. cit., vol. IX, 293 e C. WEXLER, op. cit., 58-59, non è infrequente l'uso di questa espressione in settori diversi da quello degli *standards* probatori. A parte l'utilizzo dell'espressione «*prima facie evidences*» come generale sinonimo di presunzione legale relativa, che, dal nostro punto di vista, è probabilmente quello più insidioso, posto che la materia delle presunzioni deve certamente essere ricondotta all'alveo concettuale dell'onere della prova, si è parlato anche di «*prima facie view of a section*» di un *Act*, di «*prima facie decisions*», di «*prima facie opinion*», di «*natural prima facie inference*», di una eventualità come «*prima facie implausible*», di un «*prima facie duty*» e così via. È chiaro, peraltro, che nel testo useremo il termine «*prima facie*» riferito all'*evidence*, ossia al fine di trattare della problematica degli *standards* probatori rispetto al *burden of production*. Come ha chiosato FISK, *Burden of Proof*, cit., 263, «*the expression "prima facie proof" is used in the sense of proof which the law holds is sufficient to prove something provisionally ... Prima facie proof is the mean used. Prima facie case is the result attained. Praesumptio juris is the process by which the result is brought about*». Sulla confusione tra *prima facie evidence* nel senso di prova sufficiente per ritenere assolto il *burden of production* e *prima facie evidence* nel senso di presunzione legale relativa, ci sembra davvero esemplare *State v. Floyd*, 35 N. C. 382 (1852), citata da MCCORMICK, *Charges of Presumptions and Burden of Proof*, cit., 294, dove si è sostenuto apoditticamente che «*prima facie evidence is a rebuttable presumption of law, and if not rebutted, the jury is bound in law to find their verdict in accordance with it, and if they refuse to do so, they violate their duty*». In definitiva, dunque, dobbiamo convenire su ciò che la «*prima facie evidence*» non è essa stessa la presunzione, ma è il risultato cui conduce l'applicazione della regola presuntiva. Volendo fare un esempio che avremo comunque modo di approfondire meglio nel terzo capitolo, quando un passeggero (*passenger*) dimostri di aver subito dei danni durante il trasporto, si presume che tali danni si siano verificati per colpa del trasportatore (*carrier*), che sarà dunque obbligato a risarcirli finché non dimostri di aver tenuto una condotta incolpevole. Orbene, in uno scenario di questo tipo, dovrebbe essere chiaro che l'evento dannoso e il rapporto giuridico che lega il danneggiato al danneggiante, vale a dire l'esistenza di un contratto di trasporto, sono le condizioni che è necessario dimostrare per rendere operante la

tradizionale è che la prova presentata dalla parte onerata potrà essere considerata come *prima facie* idonea a giustificare il giudizio di fatto da parte dei giurati solamente allorché il giudice, dopo aver formulato un giudizio prognostico intorno alla stessa, si convinca della sua potenziale adeguatezza a convincere i membri della giuria, considerando eventualmente anche lo *standard* probatorio applicabile per il *burden of persuasion*. In altre parole, il giudice, per decidere sull'assolvimento del preliminare *burden of production*, dovrebbe porsi una domanda del seguente tenore: qualora si fosse già davanti alla giuria, l'*evidence* presentata dalla parte onerata sarebbe potenzialmente idonea a persuadere i giurati oppure no? Solamente in caso di risposta affermativa l'*evidence* potrà considerarsi come *prima facie* sufficiente a convincere i giurati e, dunque, idonea ad assolvere positivamente il *burden of production* (108). Da questo punto di vista continua ad apparire come esemplare la definizione di *prima facie evidence* rinvenibile in un passo di una decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1871, *Improvement Company v. Munson*, tutt'ora seguita, riportata e citata dalla giurisprudenza successiva. Si dice, in sostanza, che «in ogni caso, prima che le prove siano portate davanti alla giuria, il giudice deve risolvere una questione preliminare, che non sarà quella di stabilire semplicemente se c'è o non c'è dell'*evidence*, ma se c'è o non c'è dell'*evidence* sulla quale la giuria possa fondare ragionevolmente un verdetto per la parte che l'ha proposta e sulla quale resta il *burden of production*» (109).

presunzione di colpa del *carrier*. Solamente in un secondo momento, ossia dopo che sia stata fornita la prova di tali condizioni, si potrà dire che sussiste una *prima facie evidence* della colpa del trasportatore, valida sino a dimostrazione del contrario.

(108) Così in dottrina ABBOTT, op. cit., 221-222, il quale scrive testualmente che la chiave per capire se l'*evidence* presentata dalla parte onerata possa essere considerata come idonea a superare l'ostacolo preliminare del *burden of production* è proprio «domandarsi se, in base alle prove presentate, si ha a che fare con un problema sul quale uomini di buon senso possono ragionevolmente dibattere» («*to ask whether or not, on the evidence received, the question is one which fair-minded men might reasonably differ*»). Se la situazione è questa, prosegue Abbot, «*the question must be left to the jury, and, whichever way they decide it, the verdict is conclusive*».

(109) «*In every case, before the evidence is left to the jury, there is a preliminary question for the judge, not whether or not there is literally no evidence, but whether or not there is any evidence upon which a jury can properly proceed to find a verdict for the party producing it, upon whom the onus of proof rests*». *Improvement Company v. Munson*, 81 U. S. 442 (1871).

Al fine di comprendere meglio la effettiva portata del concetto di *prima facie evidence* è possibile esaminare alcuni casi giurisprudenziali che si sono soffermati proprio su questo punto. La prima decisione che si può prendere in considerazione è *Reeves v. Sanderson Plumbing Products Inc.*, caso deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 2000 (110). In quell'occasione l'attore decideva di impugnare il licenziamento poiché, a suo dire, esso non trovava giustificazione in sue presunte irregolarità o inadempienze lavorative (nella specie, sorveglianza di dipendenti e annotazione in un apposito registro degli orari di entrata e di uscita degli stessi), come invece sosteneva il datore di lavoro, bensì in motivi legati alla sua età anagrafica. Si trattava, dunque, di un caso di impugnazione di licenziamento per motivi discriminatori, rispetto al quale è evidente che la discriminazione in base all'età del lavoratore rappresenta un elemento costitutivo della domanda di quest'ultimo: vale a dire, l'impugnazione può essere accolta solamente se viene dimostrato che il licenziamento si sia effettivamente fondato su motivi discriminatori, e non trovi invece giustificazione in inadempienze lavorative di altro genere. Rispetto a questo punto la Corte ha tuttavia puntualizzato che, con riferimento al *burden of production*, può essere considerata come *prima facie evidence* anche la testimonianza di un collega del lavoratore diretta a dimostrare come il datore di lavoro tenesse in generale un «*age-based animus*» verso di lui. In altre parole, questa generica allegazione è stata ritenuta sufficiente quantomeno per portare il caso davanti ai giurati; mentre la Corte non si è invece interrogata, e giustamente, se fosse anche sufficiente a convincerli dell'esistenza del motivo discriminatorio del licenziamento in base allo *standard* probatorio del *burden of persuasion* applicabile al caso concreto.

Sempre in materia laburistica, in *McDonnell Douglas Corp v. Green* (111) si è fatta chiarezza su quale *evidence* possa considerarsi *prima facie* idonea a fondare il convincimento dei giurati nelle azioni dirette ad impugnare il rifiuto di un datore di lavoro ad assumere un soggetto in violazione della «*equal employment opportunity*», prevista dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964. Al fine di superare positivamente il *burden of production*, si è detto,

(110) *Reeves v. Sanderson Plumbing Products Inc.*, 560 U. S. 133 (2000).

(111) *McDonnell Douglas Corp v. Green*, 411 U. S. 792 (1973).

per l'attore sarà sufficiente dimostrare che egli appartiene a una «*racial minority*»; che ha fatto domanda per un posto di lavoro avendo la qualifica richiesta; che, nonostante la qualifica, la sua *application* sia stata respinta; che, dopo il respingimento della sua *application*, la posizione sia rimasta aperta e il datore ha continuato a cercare candidati con la stessa qualifica dell'attore. Quello di persuadere i giurati dell'effettiva illegittimità del rifiuto del datore, invece, è un problema che si porrà eventualmente dopo, in sede di giudizio di fatto davanti alla giuria.

In *Anderson v. Liberty Lobby Inc.* (112) si è sottolineato che anche qualora uno più testimoni dovessero essere screditati agli occhi dei giurati attraverso la *cross-examination*, questo, pur potendo potenzialmente influire sul loro convincimento sui fatti di causa (e, dunque, sul *burden of persuasion*), è tuttavia inidoneo a incidere anche sul *burden of production*, sì che in questi casi non è possibile solamente sulla base di tale motivo dire che le prove presentate siano al di sotto della soglia della *prima facie evidence*. Similmente, in *Melendez-Diaz v. Massachusetts* (113), i verbali della polizia («*certificates*»), ove si spiegava come il materiale sequestrato all'imputato e a lui direttamente ricollegabile fosse uno stupefacente, la cui detenzione è illegale, sono stati considerati *prima facie evidence* dei fatti a lui contestati.

Riprendendo ora il discorso da dove lo avevamo interrotto, ci sembra chiaro che il quesito che si deve porre il giudice per decidere sull'assolvimento o meno del *burden of production* è in realtà un vero e proprio giudizio prognostico, espressione di un suo potere discrezionale, e, in quanto tale, non sembrerebbe andare esente da rischi di vario genere.

Anzitutto, vi sarebbe il rischio, già denunciato da una parte della dottrina e della giurisprudenza, che la differenza tra gli *standards* di prova dei due *burdens of proof* si annulli, nel senso che lo *standard* probatorio del *burden of production* finisca per appiattirsi su quello del *burden of persuasion*. In altre parole, ipotizzando un caso in cui al *burden of persuasion* si debba applicare lo *standard* probatorio dell'*evidence clear and convincing*, vi sarebbe il rischio che il giudice, già in questa fase preliminare, non si domandi più, in generale, se l'*evidence*

(112) *Anderson v. Liberty Lobby Inc.*, 477 U. S. 242 (1986). Ma si veda anche *Bose Corp. v. Consumers Union of United States*, 466 U. S. 485 (1984).

(113) *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 129 S. Ct. 2527 (2009).

presentata dalla parte sia idonea a persuadere i giurati, ma, diversamente, se sia idonea a farlo secondo lo *standard* probatorio dell'*evidence clear and convincing* (114). È evidente che, così facendo, si verificherebbe una ridondanza di *standards of proof* del tutto superflua, se non addirittura pericolosa. Senza contare che, a nostro avviso, si dovrebbe poi giustificare meglio il motivo per cui si scelga di applicare anche al *burden of production*, che resta comunque un onere probatorio preliminare, gli esigenti *standards* probatori del *burden of persuasion*.

Un altro rischio è quello di una potenziale sovrapposizione di ruoli, nel senso che il giudice potrebbe porsi la domanda che abbiamo appena visto come se dovesse essere

(114) Non a caso, quindi, questo argomento è stato segnalato da quella parte della dottrina che ha sostenuto l'intrinseca inutilità del *burden of production* rispetto al *burden of persuasion*, come abbiamo visto nel secondo paragrafo, specialmente alla nota 53, quando abbiamo parlato delle critiche che sono state mosse alla bipartizione del *burden of proof*. Oltre a richiamare quanto sostenuto da DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1152-1154 e 1181, e da MCCORMICK, op. cit., 790, è possibile ora approfondire la questione esaminando alcuni dati giurisprudenziali. Un primo orientamento critica questa impostazione, sostenendo in pratica che il *burden of production* avrebbe un proprio *standard of proof*, che non è lo stesso del *burden of persuasion*. In *Curley v. United States*, 160 F.2d 229 (D. C. Cir. 1947) è possibile leggere che «*both innocence and guilt beyond reasonable doubt may lie fairly within the limits of reasonable conclusion from given facts ... the judge's function is exhausted when he determines that the evidence does or does not permit the conclusion of guilt beyond reasonable doubt within the fair operation of a reasonable mind*». Ciò significa, appunto, che non è compito del giudice, in sede di indagine sull'assolvimento del *burden of production*, stabilire se l'*evidence* proposta dalla parte onerata sia idonea o meno a convincere i giurati secondo lo *standard* probatorio applicabile al *burden of persuasion*, che nel caso in esame è quello del *beyond any reasonable doubt*, dovendo egli limitarsi a decidere se l'*evidence* presentata permetta loro di argomentare ragionevolmente sul punto, eventualmente anche convincendosi poi dell'inesistenza di quanto affermato dalla parte onerata. Per altre decisioni in questo senso si vedano poi *United States v. United States Gypsum Co*, 51 F. Supp. 613 (D. D. C. 1943), e *Riggs v. United States*, 280 F.2d 750 (1960). Altra parte della giurisprudenza, invece, condivide l'idea di annullare le differenze sussistenti tra i vari *standards of proof*, uniformando ogniqualvolta quello del *burden of production* a quello del *burden of persuasion* applicabile al caso concreto. Così, ad esempio, in *United States v. Feinberg*, 140 F.2d 592 (1944), citata anche da McCormick, si è osservato che «*given evidence from which a reasonable person might conclude that the charge in an indictment was proved, the court will look no further*», e che sarebbe pressoché impossibile distinguere «*between the evidence which should satisfy reasonable men, and the evidence which should satisfy reasonable men beyond a reasonable doubt*». Ma non si disconosce il fatto che, in alcuni casi specifici, sia possibile distinguere agevolmente tra i due *standards* probatori: «*in the long run the line between them is too thin for day to day use*». Nello stesso senso si vedano poi *Hays v. United States*, 231 F. 106 (1916), *Caminetti v. United States*, 242 U. S. 470 (1917), *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920).

lui stesso a formulare il verdetto, e non invece i giurati, vale a dire «*twelve good men and true boni homines*», giudici popolari con le loro conoscenze, i loro pregi e i loro difetti (115). In effetti, dovrebbe essere di immediata percezione che, a parità di prove presentate, per il giudice togato, considerata l'esperienza accumulata durante l'esercizio della professione, alcune conclusioni potrebbero essere ovvie o scontate, mentre invece i giudici popolari potrebbero avere comunque spazio per argomentare e sostenere diversi ragionamenti prima di formulare il proprio convincimento intorno all'esistenza o all'inesistenza dei fatti di causa.

Fin qui abbiamo parlato in generale del *burden of production* e della *prima facie evidence* idonea a fondare potenzialmente il convincimento dei giurati. Dobbiamo ora soffermarci sulla caratteristica principale di questo onere probatorio che, come abbiamo già avuto modo di dire in più occasioni, è quella di essere un onere flessibile, idoneo a passare più volte da una parte all'altra durante tutto il corso del processo.

Da questo punto di vista, si impone anzitutto come necessaria una precisazione riguardo alla parte onerata, dato che il modo di operare del *burden of production* sarà diverso a seconda che esso ricada sul *plaintiff* ovvero sul *defendant*. Per la parte che vi è inizialmente onerata, che, come si vedrà, solitamente è l'attore, la situazione è effettivamente quella che abbiamo appena descritto, e questo onere potrà essere assolto mediante prove idonee *prima facie* a fondare il convincimento dei giurati. Al contrario, dopo che l'attore abbia così soddisfatto il suo onere della prova, la posizione del convenuto non sarà invece del tutto speculare. Certamente anche per lui si presenterà la necessità di assolvere il suo *burden of production*, pena altrimenti il rischio di perdere la lite direttamente «*at the hands of the judges*». Ma a differenza del *plaintiff*, egli potrà optare tra due differenti tipi di *prima facie evidence*, in quanto vi sono ora due modi diversi di assolvere il *burden of production*. Invero, in base alla

(115) Si tratta di una comune espressione usata negli ordinamenti di *common law* per guardare alla figura del giurato in termini derisori, quasi paternalistici. In particolare, quella che abbiamo riportato fra virgolette è di BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 4^a ed., Dublino 1771, vol. III, 349. Sui rischi *lato sensu* psicologici cui facciamo riferimento nel testo, invece, si veda nuovamente il contributo di ABBOTT, op. cit., 225 («*the judge often forget that he is a judge, not a juror ... he non-suits, or votes to set aside the verdict, on account of the effect the evidence has on his own mind, and is confident because of the vigor with which he can state and vindicate his own impression*»).

quantità e alla qualità dell'*evidence* presentata egli potrà limitarsi a controbilanciare l'*evidence* presentata dall'attore, e giustificare così l'esame delle prove da parte dei giurati; ma potrà andare anche oltre, presentando una *prima facie evidence* così consistente da provocare il ritrasferimento dell'onere probatorio in capo al *plaintiff*. Nella prima eventualità, il *burden of production* uscirà di scena e il caso, previa istruzioni del giudice, sarà portato davanti alla giuria al fine di procedere con il giudizio di fatto. Nella seconda ipotesi, invece, l'attore finirà per trovarsi nella stessa situazione in cui si era venuto a trovare il convenuto: vale a dire, offrire una *prima facie evidence* idonea ad assolvere il *burden of production* quel tanto che basta per andare davanti alla giuria, ovvero andare oltre, ritrasferendo nuovamente questo onere probatorio al convenuto, e così via fino a quando non si troveranno più nuove prove da offrire al giudice (116).

Più in particolare, non riteniamo condivisibile quella dottrina secondo la quale, in sostanza, anche per la parte che per prima deve superare il *burden of production* per non perdere immediatamente la lite «di mano del giudice», si affaccerebbe la medesima scelta che si presenta dapprima al convenuto e poi per ogni ulteriore trasferimento dell'onere della prova, vale a dire quella tra *prima facie evidence* sufficientemente pesante per andare davanti ai giurati e *prima facie evidence* eventualmente idonea ad andare anche oltre, ritrasferendo l'onere probatorio alla controparte (117). Dal nostro punto di vista, infatti,

(116) Per alcuni spunti in questo senso, oltre a tutta la bibliografia citata nel secondo paragrafo, si veda principalmente il saggio di ULRICH, *The Burden of Proof as to Testamentary Capacity in Wisconsin*, cit., 218-219, e C. WEXLER, op. cit., 60-65.

(117) Fra i seguaci della tesi che avversiamo si veda per esempio quanto sostenuto da MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, cit., 295, ove si afferma in sostanza che anche per l'attore che per primo deve superare il *burden of production* si palesano le tre alternative già viste: produrre un quantitativo di *evidence* nemmeno sufficiente ad assolvere il *burden of production*, ovvero non proporre alcun mezzo di prova, e perdere la causa direttamente con una decisione del giudice; superare il *burden of production* quel tanto che basta per andare davanti alla giuria, e, infine, andare oltre il semplice superamento del *burden of production*, trasferendo l'onere probatorio in capo al convenuto («*from the point of view of the first party who is stimulated to produce proof under threat of a ruling foreclosing a finding in his favor ... his evidence may be (a) insufficient to warrant a finding in his favor, (b) sufficient to warrant a finding, or (c) irresistible, if unrebutted*»: corsivo suo). Questa tesi è stata poi ripresa in MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 793-794. Naturalmente, tutto il discorso che facciamo nel testo presuppone che i fatti siano stati effettivamente allegati in giudizio dalla parte che, rispetto ad essi, aveva il *burden pleading*, e che siano stati contestati dalla controparte.

il primo assolvimento del *burden of production* da parte dell'attore è diverso da tutti quelli potenzialmente successivi poiché se l'*evidence* presentata viene reputata sufficiente per giustificare il giudizio di fatto davanti alla giuria, già solo per questo, prescindendo da ogni ulteriore valutazione sul suo effettivo peso probatorio, il *burden of production* deve necessariamente trasferirsi in capo al convenuto, pena altrimenti una evidente menomazione del suo diritto di difesa. In altre parole, ci sembra inammissibile sostenere che la *prima facie evidence* presentata all'inizio dall'attore non sia *per ciò solo* anche sufficiente a spostare questo onere istruttorio in capo al convenuto. Ragionare di contrario avviso, crediamo, potrebbe condurre alla situazione per cui il caso debba essere portato davanti alla giuria senza nemmeno aver dato la possibilità al convenuto di attivarsi per fornire mezzi di prova diretti a contestare quanto sostenuto dall'attore. Non a caso, dunque, anche i sostenitori della tesi qui criticata sono poi costretti a dire che «ovviamente, ogniquale volta che la prima parte assolve il suo onere probatorio, la controparte può proporre mezzi di prova a sua volta» (118).

Questo nostro discorso, probabilmente, potrebbe essere meglio compreso astruendo i termini della questione dai logori schemi linguistici tipici degli ordinamenti di *common law*, e guardare in questi casi al *burden of production* del convenuto non come un onere, bensì come un privilegio o, meglio, come un diritto: una volta che l'attore abbia positivamente superato il suo *burden of production*, indipendentemente dall'effettivo peso della sua *prima facie evidence*, al convenuto deve essere data la possibilità di offrire mezzi di

Solamente in uno scenario di questo genere i fatti possono essere considerati come *facts in issue*, rispetto ai quali ha senz'altro senso domandarsi come ripartire gli oneri probatori: si confrontino su questo punto i rilievi di THAYER, *Selected Cases on Evidence at the Common Law*, cit., 72 e ss., e STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, cit., 262-263.

(118) MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, cit., 295: «Obviously, whenever the first producer of proof stops, the adversary may go forward with evidence in turn, and he again may in his turn pass through the same three stages» (enfasi nostra). Si tratta di una conclusione che, nell'ottica di questa tesi, non sembrerebbe essere per nulla ovvia ma, anzi, richiederebbe, come puntualmente è avvenuto, un correttivo costruito *ad hoc* per tutti quei casi in cui l'*evidence* presentata dall'attore venga sì reputata dal giudice come sufficiente ad andare davanti alla giuria, ma non anche abbastanza forte, o pesante, per spostare il *burden of production* in capo al convenuto.

prova contraria per contrastare quanto sostenuto dalla controparte (119). In questo senso, è possibile richiamare un'altra dottrina, sicuramente più condivisibile ma che non va esente da critiche, secondo la quale dopo il primo superamento del *burden of production* da parte dell'attore non vi sarebbe un vero e proprio trasferimento dello stesso onere in capo al convenuto, ma, piuttosto, entrerebbe in gioco un onere diverso, denominato «*burden of impairing plaintiff's proofs*» (120). Dopo il primo superamento del *burden of production* da parte dell'attore, il convenuto «non ha l'onere di provare alcunché ma, piuttosto, ha l'onere di ridurre e, se possibile, distruggere le prove dell'attore»; sì che, dopo aver esaminato l'*evidence* proposta dal convenuto, la domanda per il giudice non sarà più che cosa ha provato il convenuto, bensì «quanto può ritenersi provato dall'attore considerato l'effetto neutralizzante delle prove fornite dal convenuto». Se ciò che rimane è sufficiente per portare il caso davanti ai giurati si darà luogo al giudizio di fatto, altrimenti, se il peso dell'*evidence* dell'attore è stato completamente eguagliato o addirittura superato da quella del convenuto, l'attore dovrà nuovamente superare il *burden of production* (121). Quello che può essere obiettato a questa seconda dottrina, peraltro, è che comunque lo si voglia chiamare l'onere probatorio che si impone sul convenuto dopo che l'attore ha superato per la prima volta il suo *burden of production* è un vero e proprio onere della prova. Ciò significa, in particolare, che qualora il convenuto non offra alcun mezzo di prova a sostegno delle proprie contestazioni, ovvero nel caso in cui presenti delle prove così

(119) Questo discorso non vale anche per le prove relative ad eventuali *affirmative defenses*. Come è noto, rispetto a queste ultime il convenuto è come se fosse attore, tanto è vero che rispetto ad esse egli ha sia l'onere di allegare i fatti che ne stanno a fondamento nella fase dei *pleadings*, sia l'onere di provarle per primo.

(120) È la tesi di ABBOT, op. cit., 222-223. Similmente, SHIPMAN, *Handbook of Common-Law Pleading*, 3^a ed., St. Paul 1923, 38-39, parla di un «*burden of rebuttal*»: «*when the asserter or proponent establishes a preponderance in favor of his views, he creates what may be called a burden of rebuttal, the need for his opponent to go forward with the evidence and repel the prima facie cases*». Anche FISK, *Burden of Proof*, cit., 271-272, ritiene che «*response to a burden of proof is always by way of introduction of proof ... when the burden is met prima facie, the right to discredit immediately becomes exercisable*».

(121) ABBOT, op. cit., 222-223: «*the defendant is not under a burden to prove anything, but only to reduce and, if possible, extinguish plaintiff's proof ... after defendant's ... evidence in rebuttal has been received, the question is not, what has defendant proved, but how much, considering the derogatory effect of the defendant's evidence, has plaintiff proved*».

irrilevanti da non giustificare nemmeno il giudizio di fatto davanti ai giurati, egli perderà la lite direttamente per mezzo di un provvedimento del giudice, senza nemmeno che sia necessario ottenere il verdetto della giuria (122).

Pertanto, è possibile concludere in questo modo. La caratteristica principale del *burden of production* è quella di essere idoneo a passare continuamente da una parte all'altra per tutto il corso del processo in relazione al *weight of evidence*, vale a dire al «peso» delle prove presentate dalle parti. Dopo che la prima parte che vi era onerata, che solitamente è l'attore, ha prodotto un quantitativo di *evidence* idoneo a giustificare il giudizio di fatto davanti alla giuria, assolvendo così il suo onere probatorio preliminare, ogni successivo assolvimento del *burden of production* da parte di entrambe le parti dipenderà da due diversi tipi di *prima facie evidence*, una idonea, di nuovo, a portare il caso davanti ai giurati per la formulazione del giudizio di fatto, l'altra idonea addirittura a ritrasferire il *burden of production* in capo alla parte che ne era precedentemente onerata. Del primo tipo di *prima facie evidence* abbiamo discusso fino a questo punto. Si tratta ora di esaminare questo

(122) Così WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 278 e ss., specialmente 284 («*the important practical distinction between these two senses of "burden of proof" is this: the risk of non-persuasion operates when the case has come into the hands of the jury, while the duty of producing evidence implies a liability to a ruling by the judge disposing of the issue without leaving the question open to the jury's deliberations*»: enfasi sue) e THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 376 e ss. Conformemente MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, cit., 175, secondo il quale, nella fattispecie in esame, «*the judge must remove that issue from the jury's deliberations and cause it to be resolved in favor of the party whose contentions have thus overwhelmed opposition*». Su questo punto è doveroso comunque tenere in considerazione quanto sostengono JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 319-320, i quali precisano che lo scenario che abbiamo descritto si verificherebbe solamente quando l'*evidence* dell'attore non dia adito a dubbi riguardo la sua integrità («*the proponent's evidence leaves open no question of credibility, of evaluation of conduct, or of choice among competing inferences, about which reasonable minds might differ*»; più avanti nel testo, a pagina 360, si legge poi che «*if the proponent has failed to meet her production burden on the whole case or on some element necessary for recovery, the court will .. take the case from the jury by nonsuit, directed verdict or dismissal*»). Al contrario, qualora il giudice non dovesse raggiungere un tale livello di certezza rispetto all'*evidence* dell'attore, anche in totale assenza di attività istruttoria da parte del convenuto egli dovrà comunque rimettere il caso all'attenzione dei giurati per lo svolgimento del giudizio di fatto, dato che «*testimony, even if uncontradicted, usually raises questions of credibility ... circumstantial evidence usually permits more than one possible inference ... admitted conduct may often be evaluated differently by different persons*». Si tratta, come è evidente, di una sorta di via di mezzo tra la tesi più tradizionale, che continuiamo a ritenere prevalente, e quella sostenuta da una parte della dottrina più recente.

secondo tipo di *prima facie evidence*, concentrando la nostra attenzione sulle decisioni giurisprudenziali che hanno reputato l'*evidence* presentata dalla parte onerata idonea financo a ritrasferire il *burden of production* alla controparte.

Questo meccanismo di ritrasferimento, o, come a volte si dice, di «*shifting*», del *burden of production*, è emerso chiaramente in *Banta v. Baist Lumber Shingle Co.*, caso discusso davanti alla Corte Suprema della Louisiana nel 1932, dove ha portato al rigetto della domanda risarcitoria dell'attore. Brevemente, un immobile adiacente alla segheria della società convenuta venne distrutto dalle fiamme. Il proprietario di detto immobile citò in giudizio la *Baist Lumber Shingle Co.*, domandando che venisse accertata la sua responsabilità nel provocare l'incendio, e che venisse pertanto condannata al risarcimento del danno. A sostegno dell'allegazione della *negligence* della controparte, l'attore si limitò ad osservare attraverso una serie di rilievi balistici e scientifici come vi fosse un'elevata probabilità che l'incendio fosse divampato a causa di una scintilla scaturita da uno dei macchinari della convenuta, asseritamente in cattivo stato di manutenzione. L'*evidence* di parte attrice, pur sembrando effettivamente debole, fu tuttavia ritenuta sufficiente per superare l'ostacolo iniziale del *burden of production*, mettendo dunque la società convenuta nella posizione di assolvere anch'essa tale onere probatorio preliminare o perdere immediatamente la lite. La *Baist Lumber Shingle Co.* replicò alle avverse allegazioni istruttorie con prove testimoniali dirette a dimostrare non solo che tutta la segheria fosse dotata della migliore tecnologia diretta ad isolare le scintille che potessero eventualmente sprigionare dal funzionamento di macchinari di questo tipo, oltretutto esaminati ed approvati dagli ingegneri ed ispettori della *Louisiana Fire Insurance Bureau*, ma anche che il macchinario indicato dall'attore, essendo stato installato solamente un anno prima, non poteva essere in cattivo stato di manutenzione. Non solo, ma vennero anche chiamati dei testimoni a deporre sulla circostanza per cui, comunque, le attività di tutti gli impianti della segheria furono terminate circa tre ore prima della scoperta dell'incendio. L'*evidence* portata dalla società convenuta a sostegno dell'eccezione del difetto della propria *negligence* fu ritenuta così pesante da ritrasferire il *burden of production* in capo all'attore, che poi perse la lite direttamente con un provvedimento del giudice non essendo più riuscito a portare a

sostegno delle proprie affermazioni una *prima facie evidence* della responsabilità della *Baist Lumber Shingle Co.* idonea ad eguagliare il peso di tali prove (123).

Che il *burden of production*, in determinati casi, sia idoneo a passare da una parte all'altra durante tutto il corso del processo, oltre ad essere la caratteristica principale di questo onere probatorio preliminare, è anche il tratto distintivo più marcato tra questo e il *burden of persuasion*. Quest'ultimo invero, seguendo l'impostazione della dottrina tradizionale, o «ortodossa», sarebbe estremamente rigido, rimanendo fissato in capo al medesimo soggetto dalla proposizione della domanda fino alla definizione del giudizio, non potendo essere trasferito alla controparte (124).

(123) *Banta v. Baist Lumber Shingle Co.*, 140 So. 1 (1932): «*we agree with the other courts that the plaintiffs have failed to prove their case. The defendant's spark arrester was constructed under the inspection and with the approval of the engineer and inspector for the Louisiana Fire Insurance Bureau, and was not much more than a year old, and in good condition, at the time of the fire. There is some testimony to the effect that on other occasions live sparks, large enough to set fire to a house, were emitted from the smokestack and blown further than the distance of Banta's house from the smokestack; but the inference arising from that testimony is overcome by the fact that the sawmill operations had been shut down and the forced draft under the boilers had been stopped nearly three hours before the fire was discovered.*». Similmente, *Continental Insurance Company v. Chicago & North West Railroad Company*, citata da WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 283 in nota.

(124) Il più autorevole sostenitore della tesi tradizionale è naturalmente THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 378-379, secondo il quale «*it remains just as true as ever, as regard the issue that the burden of establishing it never shifts; it is always upon the actor.*». A questa impostazione non farebbe eccezione, crediamo, l'eventualità in cui il convenuto, invece di limitarsi a difendersi mediante un *general denial*, decida di andare oltre, allegando nuovi e diversi fatti giuridici diretti a privare di rilevanza i fatti allegati dall'attore. In questi casi è corretto dire che l'onere della prova rispetto a queste *affirmative defenses* incombe sul convenuto. Tuttavia, è evidente che qui si tratta di un *burden of persuasion* autonomo, che semplicemente si aggiunge a quello originario dell'attore, sì che, in sostanza, non c'è alcuno *shifting* di oneri probatori e ciascuno dovrà provare quanto allegato in giudizio («*the burden of establishing "shifts", only because a new affirmative case has been disclosed, which carry with it the duty of making it out ... in reality there is no shifting at all.*»). Conformemente, MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 68-73; ANDERSON, *An Automobile Accident Suit. A treatise on the Pleading, Practice and Trial of an Automobile Damage Action, from its Inception to its Conclusion*, cit., 248-251; BRIDGE, *Presumptions and Burdens*, in *The Modern Law Review* 1949, vol. XII, 273-274, che a questo proposito parla del *burden of persuasion* come del «*fixed burden of proof*», e FISK, *Burden of Proof*, cit., 272-275. Peraltro, da Thayer apprendiamo pure che le basi argomentative di questa tesi erano emerse già sessant'anni prima della sua monografia, in un caso deciso dal Chief Justice Shaw, *Powers v. Russell*. Shaw, in quell'occasione, ebbe modo di affermare che «*where a party having the burden of proof establishes a prima facie case, and no proof of the contrary is offered, he will prevail. Therefore, the other party, if he would avoid the effect of such prima facie case, must produce evidence, of equal or greater weight, to balance or control it, or he will fail. Still the proof upon both sides applies to the affirmative or negative of one and the same issue, or proposition of fact; and the party whose case requires*

Per quanto ci riguarda, riteniamo di poter concordare solo in parte con la dottrina della «*orthodox rule*». In altri termini, siamo d'accordo che il *burden of persuasion* non possa passare da una parte all'altra durante tutto il corso del processo come il *burden of production*, il quale, essendo un onere preliminare, inserito nella dinamica della fase istruttoria, ben si adatta al ruolo dell'onere flessibile. Il *burden of persuasion*, al contrario, affondando le proprie radici nel terreno del diritto sostanziale e trovando applicazione solamente nella fase decisoria è naturale che sconti una certa dose di rigidità. Ma che tale onere probatorio sia rigido non significa anche, crediamo, che esso sia completamente immobile, come invece pare sostenere la dottrina più tradizionale. Più in particolare, l'immobilità del *burden of persuasion* deriverebbe dalle norme relative ai *pleadings*: come si dice, l'onere di provare un certo fatto giuridico spetterebbe sempre a colui che ha anche l'onere di allegarlo in giudizio (125).

Tuttavia, come avremo occasione di vedere in modo più approfondito nel successivo capitolo, questa correlazione tra onere di allegazione e onere della prova non sembrerebbe essere così coriacea come potrebbe apparire a prima vista. Spesso, infatti, l'allocatione dell'onere della prova, e specialmente quella del *burden of persuasion*, è completamente scollegata da quella dell'onere di allegazione, verificandosi dei casi in cui a una parte viene imposto l'onere di provare i fatti che la controparte aveva l'onere di allegare in giudizio. La prassi giurisprudenziale americana è ricchissima di esempi a riguardo, ma quello più chiaro resta quello del pagamento. Nonostante la sua inesistenza, vale a dire il mancato pagamento, debba essere allegata dall'attore che agisce in giudizio per il pagamento del proprio diritto di credito, si onera poi il convenuto di fornire la prova della sua esistenza. Tali discrasie tra l'allocatione del *burden of pleading* e quella del *burden of proof*, come ci auguriamo di dimostrare, dipendono dal fatto che la ripartizione dell'onere

the proof of that fact, has all along the burden of proof. It does not shift, *though the weight in either scale may at times preponderate*» (corsivo nostro). I riferimenti completi di questa decisione sono *Powers v. Russell*, 13 Pick. 69 (1832). L'impostazione della dottrina tradizionale è stata poi mantenuta nella giurisprudenza più recente. Così, ad esempio, *Willett v. Rich*, 142 Mass. 356, citata da Thayer a pagina 379, in nota, e *Wylie v. Marinofsky*, 201 Mass. 583 (1909).

(125) Così, fra gli altri, WIGMORE, op. cit., vol. IX, 285-286.

della prova, in realtà, viene fatta caso per caso dal giudice, in considerazione delle *social policies* che si vogliono perseguire nel caso concreto. In questo senso, l'allocazione dell'onere della prova rispetto al fatto del pagamento in capo al convenuto è stata giustificata principalmente da quelle *social conveniences* che tendono ad invertire il *burden of proof* quando il fatto da provare avrebbe una consistenza negativa, come il mancato pagamento, in considerazione delle presunte difficoltà che si incontrerebbero nel dover fornire la prova di un fatto di questa natura. Per questi motivi, dunque, consideriamo che sia più corretto ritenere il *burden of persuasion* come un onere rigido, ma non anche immobile: poiché se è vero che non è possibile trasferirlo in capo alla controparte, tuttavia è anche vero che la parte onerata non sarà sempre la stessa, anche in analoghe fattispecie casistiche, venendo individuata volta per volta dal giudice (126).

L'ultimo punto che resta da approfondire in questo nostro discorso dedicato al *burden of production* potrebbe essere quello relativo al provvedimento con il quale il giudice rigetta la domanda (o le eccezioni) proposte dalla parte onerata che, tuttavia, pur avendo allegato i fatti sulle quali si fondano, ha poi trascurato di proporre gli adeguati mezzi di

(126) A dimostrazione del fatto che il *burden of persuasion* è sì un onere rigido, ma non anche immobile, è possibile richiamare *Summers v. Tice*. In quell'occasione, come si ricorderà, il giudice ha sostanzialmente invertito l'onere della prova rispetto alla *negligence* dei convenuti, imponendo a questi ultimi di dimostrare l'assenza di colpa, e lo ha fatto in base a ragioni di *policy* e *fairness* relative alla difficoltà che l'attore avrebbe incontrato qualora fosse stato gravato dell'onere della prova. Questo dimostra, crediamo, che il *burden of persuasion* è sì rigido, perché i convenuti di *Summers v. Tice* non avrebbero potuto trasferire quest'onere all'attore, ma non anche immobile. Invero, è chiaro che qui, in base ad una certa *social policy*, è stata costruita un'inversione dell'onere della prova *ad hoc* rispetto a quella che è la prassi nei casi di *negligence*, dove, appunto, la colpa del convenuto deve essere solitamente allegata e provata dall'attore. Così DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law and Burden of Proof*, cit., 1164 e ss., in particolare a pagina 1171: «*the court ... violated the dictum that the burden of persuasion never shifts by shifting the burden on the issue of cause in fact in a negligence case from the plaintiff to the defendants. The result was to permit plaintiff to win a case that the court's idea of sound policy demanded he win, but also one that established doctrine required him to lose*» (enfasi nostra). Per ogni ulteriore riferimento alla tesi di Dworkin e a *Summers v. Tice*, rinviamo a quanto detto alle pagine 24 e seguenti, e specialmente alla nota 30. MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 827, precisa che la parte onerata del *burden of persuasion* potrà essere individuata dal giudice fino a che il caso sia maturo per il giudizio di fatto davanti ai giurati: «*the burden of persuasion need not finally be assigned until the case is ready to go to the jury*».

prova, ovvero ha proposto dei mezzi di prova che però sono stati considerati dal giudice come al di sotto della soglia della *prima facie evidence*.

In breve, negli Stati Uniti si parla a questo proposito del c.d. «*directed verdicts*», ovvero, utilizzando un'espressione derivata direttamente dalle vecchie corti inglesi, di «*demurrer to evidence*», ed è espressamente previsto dalla Rule 50 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (127). Nonostante la traduzione letterale del termine («verdetto indirizzato») lasci intendere un qualche coinvolgimento della giuria, quant'anche minimale, la norma che abbiamo appena citato è chiara nello stabilire che se alla parte è stata data la possibilità di offrire prove di un *fact in issue* allegato in giudizio, e tuttavia il giudice è convinto che ciò nonostante non vi siano sufficienti elementi probatori tali da giustificare un ragionevole esame del giudizio di fatto da parte dei giurati, sarà direttamente egli stesso a rigettare la domanda o l'eccezione in quanto la decisione della lite sulla base della *prima facie evidence* di uno dei due viene considerata come un *matter of law*, che rientra nella sua naturale sfera di

(127) La norma che citiamo nel testo è divisa in due parti. La prima parte, rubricata «*judgment as a matter of law*», stabilisce al primo comma che «*if a party has been fully heard on an issue during a jury trial and the court finds that a reasonable jury would not have a legally sufficient evidentiary basis to find for the party on that issue, the court may: (a) resolve the issue against the party; and (b) grant a motion for judgment as a matter of law against the party on a claim or defense that, under the controlling law, can be maintained or defeated only with a favorable finding on that issue*», e al secondo comma che «*a motion for judgment as a matter of law may be made at any time before the case is submitted to the jury. The motion must specify the judgment sought and the law and facts that entitle the movant to the judgment*». La seconda parte, invece, si occupa principalmente delle modalità con le quali è possibile chiedere una rinnovazione del *trial* qualora il giudice abbia rigettato in modo asseritamente illegittimo la *motion* per ottenere il rigetto della domanda direttamente per il mancato assolvimento del *burden of production*. Oltre che nella legge federale, la pratica dei *directed verdicts* è espressamente prevista anche nei testi normativi di diversi Stati. Ad esempio, nello Stato di New York, vi era dapprima la Rule 457-a del *New York Civil Practice Act*, la quale disponeva espressamente che «*the judge may direct a verdict when he would set aside a contrary verdict as against the weight of evidence*», mentre l'attuale Rule 4404 delle *New York Practice Law and Rules* prevede fra l'altro che «*after a trial of a cause of action or issue triable of right by a jury, upon the motion of any party or on its own initiative, the court may set aside a verdict or any judgment entered thereon and direct that judgment be entered in favor of a party entitled to judgment as a matter of law*».

Sulla derivazione della prassi dei *directed verdicts* da quella del *demurrer to evidence* anglosassone e su come oggi le due espressioni siano utilizzate come sinonimi, rinviamo a WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 313, e alla giurisprudenza ivi citata. Un argomento del tutto diverso, invece, è la pratica di «mettere da parte» («*to set aside*») un vero e proprio verdetto della giuria quando esso è palesemente contrario alle risultanze istruttorie del caso concreto («*the verdict is against the weight of evidence*»), a mente della quale si dovrà procedere eventualmente ad un nuovo giudizio. Su questo secondo punto si veda RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 98.

competenza: non a caso, la Rule che abbiamo appena citato è rubricata «*judgement as a matter of law*». Questo particolare tipo di rigetto della domanda o dell'eccezione può avvenire direttamente per opera del giudice («*the court may resolve the issue against the party*»), ovvero su istanza della controparte di quella onerata: in quest'ultimo caso si parla di una «*motion for judgement as a matter of law*».

CAPITOLO II
LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. *La ripartizione del burden of proof tra le parti. Analisi dei tests elaborati dalla giurisprudenza. Il criterio tradizionale.* – 2. *Gli altri tests elaborati dalla giurisprudenza americana.* – 3. *Il ruolo del giudice e l'importanza delle istruzioni alla giuria.* – 4. *Gli effetti riflessi del burden of proof sulla disciplina delle presunzioni. Evidential presumptions e persuasive presumptions.*

1. *La ripartizione del burden of proof tra le parti. Analisi dei tests elaborati dalla giurisprudenza. Il criterio tradizionale.* – Ricapitolando brevemente quanto detto finora, negli ordinamenti di *common law* non esiste una rigida quadripartizione dei fatti giuridici in fatti costitutivi, estintivi, modificativi ed impeditivi, come avviene da noi con l'art. 2697, cod. civ., ma, diversamente, si parla in maniera più generale di «elementi costitutivi» della *cause of action* dell'attore e di *affirmative defenses* del convenuto. L'individuazione dei *material facts* che occorre provare in giudizio è disciplinata solo in modo marginale dalle norme legislative sui *pleadings* e, più spesso, viene fatta direttamente dalle parti o dal giudice, a sostegno dei quali possono eventualmente venire in aiuto i precedenti giurisprudenziali. La presenza della giuria, giudice popolare e collegiale deputato a conoscere esclusivamente delle questioni di fatto, la filosofia *adversarial* del processo angloamericano, nonché, secondo alcuni, l'influsso della retorica classica, hanno portato ad un'insolita bipartizione dell'onere della prova. Esso, invero, non è considerato allo stesso modo degli ordinamenti di *civil law*, vale a dire in maniera unitaria, essendo bensì suddiviso in due oneri probatori, autonomi e separati. Da un lato il *burden of production*, vale a dire l'onere di offrire per primi le prove di un fatto allegato in giudizio. Dall'altro lato il *burden of persuasion*, il vero e proprio onere di persuadere il soggetto deputato a prendere una decisione sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti di causa in base ai mezzi di prova offerti dalle parti. Ciascuno di questi oneri ha un suo *standard* probatorio: mentre per superare il *burden of production* è sufficiente proporre un quantitativo di *evidence* che sia *prima facie* idoneo a persuadere i

giurati, il *burden of persuasion* ha *standards* probatori più stringenti, che vanno dalla *preponderance of evidence* al *beyond any reasonable doubt*, passando per l'*evidence clear and convincing*.

Quello che dobbiamo fare ora è tirare le fila di tutto questo lungo discorso e introdurre il tema centrale della nostra ricerca: come viene effettivamente ripartito l'onere della prova negli ordinamenti di *common law*. Abbiamo deciso di trattare in questo capitolo tutti gli aspetti teorici della questione, compresa la materia delle presunzioni che, come si sa, è un argomento che concettualmente può essere ricondotto alla tematica che ci interessa, dato che l'effetto principale dell'applicazione di una regola presuntiva è quello di alterare la naturale allocazione degli oneri probatori. La tenuta concreta di quanto diremo in questo paragrafo e in quelli successivi verrà poi vagliata nel prossimo capitolo, dedicato specificamente ad uno studio casistico della ripartizione dell'onere della prova così come viene attuata da parte della giurisprudenza americana.

Così impostato il lavoro, la regola generale dalla quale è possibile prendere le mosse per fare luce sul complicato problema della ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* è che, in linea di massima, vi è una tendenziale coincidenza del *burden of pleading*, del *burden of production* e del *burden of persuasion* in capo ad un medesimo soggetto, e che tale soggetto, in assonanza alla famosa massima per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, normalmente sarà l'attore (128). Invero, è il *plaintiff* che, assumendo

(128) Quella che abbiamo riportato nel testo è la posizione più tradizionale della dottrina, che, appunto, utilizza l'allocazione del *burden of pleading* come linea guida per ripartire gli oneri probatori tra le parti. Si sono espressi in questo senso THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 364 e ss.; WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 284-285; STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, cit., 114 e ss.; ARCHER, *The Law of Evidence*, cit., 58; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 785 («*in most cases, the party who has the burden of pleading a fact will have the burdens of producing evidence and of persuading the jury of the existence as well*»); CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., 144-145; MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 66-68; WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 76-77; ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, cit., 125-127; HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, cit., 15; ANDERSON, *An Automobile Accident Suit. A treatise on the Pleading, Practice and Trial of an Automobile Damage Action, from its Inception to its Conclusion*, cit., 243, e S. WEXLER, EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, cit., 469, e WALDMAN, *Allocating the Burden of Proof in Rule 60(b)(4) Motion to Vacate a Default Judgement for Lack of Jurisdiction*, in *University of Chicago Law Review* 2001, vol. LXVIII, 2, 524 e ss. Anche FISK, *Burden of Proof*, cit., 259-265, mette bene in chiaro che l'onere della prova, così come l'onere di allegazione, deve ricadere sull'attore «*naturally, because an attack is to be justified, and the attack is the plaintiff's ... the justification rests*

l'iniziativa giudiziale nei confronti del convenuto, nel momento in cui formula la domanda dovrà anche allegare in giudizio tutti i *material facts* sui quali ritiene si fondi la propria *cause of action*. Poi, 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 giurati della veridicità delle proprie affermazioni in occasione del giudizio di fatto davanti ai medesimi (129). Allo stesso modo, se il convenuto, nel proprio *pleading* difensivo, non volesse limitarsi a contestare quanto affermato dall'attore, ma volesse andare oltre, allegando in giudizio nuovi e diversi fatti giuridici diretti a neutralizzare i fatti su cui si fonda la domanda della controparte, sarà egli stesso a dover allegare tali *affirmative defenses* all'interno del suo *counterclaim* e rispetto ad esse dovrà poi sopportare tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion* (130).

entirely with the plaintiffs». Su questo punto, peraltro, è chiara anche la giurisprudenza. In *Reliance Life Ins. Co. v. Burgess*, 112 F.2d 234 (1940), ad esempio, si è affermato che «*the question as to who must sustain the burden of proof ... must depend ... upon the condition of pleadings and the character of the issues at the time the question is presented*». Conformemente, in *Fortgang Brothers Inc. v. Cowles*, 249 Iowa 73 (1957), in *In Re Estate of Ewing*, 14 N.W.2d 633 (1944), e in tutti i precedenti ivi citati, si è sostenuto che «*generally speaking, the burden of pleading and proving an issue go together. The party who is required to plead an issue has the burden of proving that issue*». A quanto ci risulta, l'unica voce che in dottrina si è levata in senso contrario, criticando la massima *onus probandi incumbit ei qui dicit* e sostenendo che imporre l'onere della prova al convenuto non sarebbe di per sé meno ragionevole di imporlo all'attore, è quella di HAY, *Allocating the Burden of Proof*, cit., 655-657. Partendo dalla considerazione per cui, aderendo alla tesi maggioritaria, l'onere probatorio viene posto in capo all'attore in quanto egli dovrebbe in un certo senso giustificare la sua iniziativa processuale e l'«attacco» verso il convenuto, Hay osserva che «*lawsuits, like accidents, are reciprocal events*», sostenendo poi che «*the conventional argument for giving the plaintiff the burden can be turned on itself*». In altre parole, ci si domanda per quale motivo non si sia dato lo stesso peso anche all'argomento opposto, vale a dire quello per cui il convenuto, con il suo comportamento, potrebbe aver in un certo senso provocato l'attore ad agire in giudizio, dovendo pertanto sopportare l'onere probatorio come conseguenza di questo suo contegno extraprocessuale. Sulla scorta di tale argomentazione si ribadisce che l'imposizione dell'onere della prova in capo al convenuto potrà o non potrà convincere la giurisprudenza, ma, e questo è il punto, «*it is, however not obviously less plausible than the ... argument for giving the plaintiff the burden*». Senza contare poi che «*if the plaintiff expects her case to be heard in court, she has no incentive to bring a claim she knows to be meritless; she would be just wasting her time*».

(129) Così, tra gli altri, MCCORMICK, op. cit., 786: «*the burdens of pleading and proof with regard the most facts have been and should be assigned to the plaintiff who generally seeks to change the present state of affairs and who therefore naturally should be expected to bear the risk of failure of proof or persuasion*».

(130) Si veda a questo proposito il limpido passaggio di THAYER, op. cit., 369-370.

Tuttavia, muoversi in questa direzione impone un elevato grado di cautela, dato che, come abbiamo già avuto modo di constatare nel primo capitolo, è proprio il contenuto del *burden of pleading* a non essere di agevole specificazione, non essendo immediatamente intuibile stabilire chi dovrà allegare in giudizio un certo fatto, o, il che è lo stesso, decidere se un certo fatto debba essere considerato come un elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore e non piuttosto come una *affirmative defense* del convenuto.

Anzitutto, negli ordinamenti di *common law* le indicazioni legislative sono solo marginali, e non riescono a fare completa luce su tale difficile materia. Questa situazione ha portato una parte della dottrina angloamericana a sostenere che compete direttamente alle parti individuare e allegare in giudizio i fatti che, a loro avviso, fondano concretamente le rispettive pretese (131). Naturalmente non intendiamo negare qui che, a tal fine, sia

(131) Ci riferiamo principalmente alle tesi di JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 143-149, e di ODGERS, *High Ground Pleading and Practice*, cit., 135, oltre a tutta la dottrina richiamata nel primo capitolo. Peraltro, preso atto di tale responsabilità delle parti nell'individuazione degli elementi che esse ritengono di porre a fondamento delle rispettive pretese, ci si potrebbe domandare in questa sede se eventuali errori commessi nella fase preliminare dei *pleadings* possano o meno avere delle ripercussioni sulla ripartizione degli oneri probatori. Si tratta, in altre parole, di interrogarsi su quali conseguenze possa avere la circostanza che, ad esempio, l'attore allegghi in giudizio un fatto considerandolo come un elemento costitutivo della sua *cause of action*, nonostante esso costituisca in realtà una *affirmative defense* del convenuto. Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, diffuso principalmente nel Texas, nell'Idaho e nel Connecticut, bisognerebbe ritenere prevalente la forma dei *pleadings* rispetto alla sostanza delle pretese di parte, sì che, in tutti questi casi, chi erroneamente allegghi in giudizio un fatto rilevante per l'avversario dovrà poi sopportarne il carico probatorio. Non solo, ma qualora la domanda dovesse essere rigettata in base alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova, perché la parte che ha allegato in giudizio un fatto a sé sfavorevole non è poi riuscita a persuadere i giurati della sua inesistenza, si esclude addirittura la possibilità di impugnare la decisione sul motivo di un'erronea ripartizione del carico probatorio da parte del giudice. Invero, come si è detto in *Schmitz v. Mathews*, 133 Wash. 335 (1925), in casi come questo la parte avrebbe in un certo senso favorito l'errore commesso del giudice sull'allocazione dell'onere della prova: si parla, a tal proposito, di «*invited errors*». In un caso deciso davanti alla Corte Suprema del Texas, *Boswell v. Pannell*, 107 Tex. 433 (1915), ad esempio, l'attore, acquirente di alcuni terreni, citava in giudizio il venditore al fine di sentir dichiarare nulli, o comunque privi di effetto, «*a written contract for the conveyance of land, two certain deeds and a vendor's lien note*» sul presupposto che, al momento della stipulazione, il venditore fosse in malafede. In fattispecie di questo tipo, che vengono ricondotte alla generale disciplina della *fraud*, normalmente si ritiene che sia l'attore a dover allegare e provare la malafede del convenuto. Tuttavia, in *Boswell v. Pannell*, quest'ultimo, invece di limitarsi a difendersi con un *general denial*, affermando di non

possibile trarre preziose indicazioni da un'attenta indagine sui precedenti giurisprudenziali, al fine di vedere cosa in casi simili sia stato considerato ed allegato dall'attore come elemento costitutivo della *cause of action*, ovvero dal convenuto come *affirmative defense*, ma occorre tenere presente che spesso il medesimo fatto giuridico viene

essere a conoscenza degli atti fraudolenti di cui lo accusava il *plaintiff*, si spinse oltre, sostenendo anche di essere un «*innocent purchaser*», avendo acquistato il terreno in buona fede. Questo tipo di strategia difensiva, osserva la Corte, è stato correttamente considerato dai giudici dei primi due gradi di giudizio come un motivo sufficiente per istruire i giurati nel senso che l'onere della prova della buona fede del convenuto avrebbe dovuto essere posto in capo a quest'ultimo. Ciò in quanto egli, che ben avrebbe potuto limitarsi a difendersi con un *general denial*, giovando così di una ripartizione dell'onere della prova a lui più favorevole, ha deciso di andare oltre, allegando in giudizio un fatto ulteriore qual è senz'altro quello della sua buona fede («*Barrow voluntarily made and relied upon this defense, and assumed the burden to prove it by a preponderance of the evidence. He need not have done so; he could have relied entirely on the failure of the plaintiff, Pannell, to prove his case, standing upon his bare denial of the plaintiff's allegations of fraud and notice of fraud, and confined his defense to evidence rebutting the plaintiff's case ... He pleaded enough that the court would be called upon to go further and charge the jury that if Barrow purchased the land without any notice of the alleged fraud, and for a valuable consideration, they should return a verdict in his favor*»). In altre giurisdizioni invece, come nell'Iowa, nel Michigan e in Colorado, non si riconosce questa eccessiva importanza alla forma assunta dai *pleadings*, e spesso, anche in presenza di errori di parte in questo senso, l'onere della prova viene ripartito in modo autonomo, indipendentemente da chi abbia allegato il fatto in giudizio. In *Mott v. Baxter*, 29 Colo. 418 (1902), ad esempio, il lavoratore conveniva in giudizio il datore di lavoro per il pagamento di alcune mensilità non corrisposte, e quest'ultimo si difendeva affermando che il contratto di lavoro su cui si fondava la domanda avrebbe cessato di produrre i propri effetti ben prima che fossero maturate dette mensilità, e che, in realtà, il rapporto lavorativo avrebbe continuato ad essere regolato da un contratto diverso, che prevedeva una retribuzione inferiore. Si eccepiva pertanto il difetto di *cause of action*, non essendo stato allegato in giudizio l'effettivo titolo del rapporto di lavoro, e si domandava al giudice di rigettare la domanda attorea. La Corte Suprema del Colorado, nell'accogliere l'impugnazione del datore, stabilì che in primo e in secondo grado i giudici avrebbero sbagliato ad allocare l'onere della prova dell'esistenza del secondo contratto in capo al datore in considerazione delle sue allegazioni difensive, poiché, comunque, la perdurante validità del contratto precedente doveva comunque ritenersi un elemento costitutivo della pretesa del lavoratore, indipendentemente dalle eccezioni sollevate dal convenuto. Ciò non significa, tuttavia, che in queste giurisdizioni eventuali errori commessi nella fase dei *pleadings* siano del tutto irrilevanti, o comunque non siano in qualche modo sanzionati. Più in particolare, eventuali allegazioni errate vengono considerate come «*impertinents*», e potranno pertanto essere stralciate in seguito a una *motion* della controparte. Senza contare poi che nel caso in cui l'allegazione sbagliata finisca per trarre in inganno la controparte, provocando un suo *cross complaint* che altrimenti non ci sarebbe stato, anche in queste giurisdizioni si finisce per riconoscere alla effettiva forma dei *pleadings* un ruolo primario nella ripartizione dell'onere della prova. Per approfondire questi aspetti del rapporto sussistente tra *burden of pleading* e *burden of proof*, rinviamo alla postilla anonima *Effect of Unnecessary Affirmative Pleading upon the Burden of Proof*, pubblicata in *Yale Law Journal* 1929-1930, vol. XXXIX, 117-122, nella sezione «*Comments*».

considerato in un senso o nell'altro da Stato a Stato, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. Senza soffermarci più del dovuto su questo punto, che avremo comunque occasione di approfondire nel terzo capitolo, alcuni esempi concreti di quanto abbiamo appena osservato si possono trovare nelle azioni di impugnativa testamentaria, precisamente rispetto alla capacità di intendere e di volere del testatore («*sanity*») e ad eventuali indebite circonvencioni della sua libera volontà di testare («*undue influences*»). Così, nella giurisprudenza federale e in quella del Connecticut, la capacità del testatore viene considerata come un elemento costitutivo della pretesa dell'erede testamentario, che nel giudizio di impugnazione del testamento assume tipicamente le vesti del convenuto, mentre invece, in quella dell'Indiana (e in quella del Michigan, almeno fino al 1915) lo stesso fatto, nella sua accezione negativa, ossia l'incapacità di testare, viene considerato come una *affirmative defense* di colui che impugna il testamento. Rispetto alla *undue influence*, poi, se la sua esistenza viene considerata dalle corti del Missouri come una *affirmative defense*, che dovrà quindi essere allegata e provata da chi impugna il testamento, in quella del New Hampshire è l'assenza di un'indebita circonvencione della volontà del testatore che, a certe condizioni, dovrà essere allegata e provata dall'erede testamentario.

Inoltre, non deve essere qui dimenticato il fatto che nei territori angloamericani, tradizionalmente, si riconoscono al giudice poteri di intervento sui *pleadings* piuttosto incisivi. Sui contenuti pratici di questi poteri, vale a dire su cosa il giudice possa fare o richiedere alle parti, abbiamo già avuto modo di soffermarci precedentemente. In questa sede, piuttosto, è nostra premura evidenziare la forte connessione sussistente tra la ripartizione del *burden of pleading* e quella del *burden of production*. Si tratta, invero, di due oneri strettamente correlati tra loro, probabilmente molto più di quanto lo siano *burden of production* e *burden of persuasion*, essendo entrambi diretti verso il giudice. Questa correlazione implica in sostanza che i poteri riconosciuti al giudice rispetto al *burden of pleading* diventino il mezzo attraverso il quale è possibile influenzare indirettamente la

ripartizione del *burden of production* (132). Per dirla con diverse parole, siamo convinti che i poteri riconosciuti al giudice sui *pleadings* stiano alla ripartizione del *burden of production* come il potere di istruire i giurati sta alla ripartizione del *burden of persuasion*: è possibile, cioè, ottenere una certa ripartizione del *burden of production* tra le parti intervenendo già nella preliminare fase dei *pleadings*, stabilendo per ogni fatto su chi debba ricadere l'onere di allegazione. Ci pare evidente che se il giudice dovesse reputare più corretto che sia l'attore ad essere onerato del *burden of production* rispetto ad un certo fatto giuridico, in ipotesi nemmeno allegato in giudizio, egli potrà fargli presente che quel fatto è in realtà un elemento costitutivo della sua *cause of action*, eventualmente rimettendolo in termini per consentire la sua puntuale allegazione, oltre, naturalmente, all'offerta dei mezzi di prova necessari per superare l'ostacolo insito nel *burden of production*.

Questo nostro discorso, peraltro, ci permette di affrontare incidentalmente una prima, importante questione riguardo la ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*. In breve, riconoscere che al giudice sia permesso di incidere in via indiretta sulla ripartizione del *burden of production* attraverso l'esercizio dei poteri relativi ai *pleadings* delle parti, non vale ad escludere, di per sé, che gli competa anche un ampio potere discrezionale per stabilire direttamente quale parte dovrà farsi carico del *burden of production*, indipendentemente da ogni rilievo sull'onere di allegazione (133). Non è un

(132) Che attraverso un intervento sui *pleadings* delle parti sia possibile, per il giudice, influenzare la ripartizione del *burden of production*, è stato sostenuto tra gli altri da JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 149 e 319 e ss.

(133) In questo senso JAMES, HAZARD, op. cit., 319 e ss., ove è possibile leggere proprio che «*it is the judge who determines questions of the sufficiency of evidence and who allocates the production burden on each issue*». Molto correttamente, poi, si osserva che questo potere del giudice non è qualitativamente inferiore a quello di istruire i giurati, mediante il quale è possibile influenzare la ripartizione del *burden of persuasion*. In effetti, è possibile dire che il *burden of production* abbia una funzione esclusivamente processuale solamente nel caso in cui entrambe le parti siano nella posizione di poter proporre mezzi di prova a sostegno delle proprie affermazioni. Al contrario, nel caso in cui rispetto ad un certo fatto non sia proponibile alcun mezzo di prova («*no evidence is available to a party on an issue*»), o, aggiungerei noi, nel caso in cui una prova effettivamente ci sarebbe, ma procurarsela richiederebbe costi troppo elevati, allora anche l'allocatione del *burden of production* diventerebbe «*outcome determinative*», idonea, vale a dire, ad influire sull'esito finale della lite. In questo senso, si veda anche il contributo di DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law and Burden of Proof*, cit., 1167 e ss.

caso, dunque, se entrambi questi poteri siano stati ricondotti da una certa parte della dottrina ad una generale espressione del controllo del giudice sulla giuria (134). Si tratta di una conclusione estremamente rilevante dal nostro punto di vista, poiché ci consente di estendere anche a tali poteri discrezionali quanto dicevamo nel primo capitolo. In altri termini, dire che i poteri del giudice idonei ad incidere direttamente o indirettamente sulla ripartizione del *burden of production* sono un'espressione del generale controllo esercitato dal giudice togato sulla giuria, al pari del potere di istruire i giurati sull'*evidence* presentata dalle parti, significa che anche questi poteri possono in un certo senso essere ispirati da ragioni di *social policies* più o meno marcate (135).

Attraverso l'esercizio di questi poteri, è possibile, per il giudice, rompere il nesso che lega il *burden of pleading* e gli oneri probatori al fine di conseguire risultati *lato sensu* «sociali», stabilendo volta per volta che una parte, pur dovendo allegare in giudizio un fatto giuridico, sarà poi esentata sia dal *burden of production*, sia dal *burden of persuasion*. Ovvero, stabilendo che, rispetto ad un determinato fatto, una parte possa essere onerata del *burden of pleading* e del *burden of persuasion*, ma non anche del *burden of production*.

Così, un tipico caso in cui, per opera del giudice, l'onere della prova viene imposto alla parte che non ha anche l'onere di allegazione è quello del pagamento. Nella giurisprudenza della maggior parte degli Stati americani, invero, viene imposto all'attore che agisce per ottenere la condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro l'onere di allegare in giudizio il mancato pagamento. Il convenuto poi, qualora intenda

(134) JAMES, HAZARD, op. cit., 321-324.

(135) In effetti, il discorso che facciamo nel testo viene spesso svolto con riferimento all'onere della prova nel suo complesso, comprendente tanto il *burden of production* quanto il *burden of persuasion*. Così, secondo JAMES, HAZARD, op. cit., 149, «*real or supposed reasons of policy may also play a part in the allocation of burdens, both of pleading and of proof*» e, soprattutto, laddove si afferma che «l'onere di allegazione è esso stesso ripartito in base a ragioni pratiche convenienza sociale, piuttosto che su un principio generale ... l'onere della prova si ripartisce praticamente allo stesso modo» («*the burden of pleading is itself allocated on the basis of pragmatic considerations of fairness, convenience and policy, rather than on any general principle of pleading ... the burden of proof is allocated on very much the same basis*»). Ma, come avremo modo di vedere meglio successivamente, è probabilmente MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 788-789, ad essere il più acceso sostenitore di questa tesi: «*policy considerations similar to those that govern the initial allocation of the burden of producing evidence and tentatively fix the burden of persuasion govern the ultimate assignment of those burden as well*».

eccepire in via di *affirmative defense* l'avvenuto pagamento, vale a dire l'inesistenza del fatto allegato in giudizio dall'attore, dovrà farsi carico del relativo onere probatorio, comprendente tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*. È questa, ad esempio, la posizione della giurisprudenza dello Stato di New York, con riferimento alla quale è possibile richiamare in qualità di *leading case* una decisione della Corte di Appello del 1892, *Lent v. N. Y. & M. R. Co.* In quell'occasione la Corte ebbe modo di stabilire che, nonostante la natura di *affirmative defense* del pagamento, l'inesistenza di tale fatto resta tuttavia un elemento essenziale, vale a dire costitutivo, della *cause of action* dell'attore, sì che dovrà essere comunque allegato in giudizio da quest'ultimo (136). Come ha osservato

(136) *Lent v. N. Y. & M. Ry. Co.*, 130 N. Y 504 (1892): «... *but no reason is apparent how it can justify the omission from the complaint of a fact material to the plaintiff's cause of action, and essential to be proved to entitle the plaintiff to a judgment*». Quello che intende dire la Corte quando afferma che, per condannare il convenuto, il mancato pagamento deve essere provato in giudizio («*essential to be proved to entitle the plaintiff a judgment*»), se ben comprendiamo, non è che rispetto a quel fatto l'onere della prova deve incombere sul *plaintiff*, bensì che il mancato pagamento, essendo un elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore, deve anzitutto essere allegato in giudizio, poiché altrimenti la domanda non potrebbe per ciò solo essere accolta. Dopodiché, delle due l'una. O il mancato pagamento viene contestato dal convenuto, divenendo un autentico *fact in issue*; e qui, come ha ben messo in luce la decisione citata, anche la sua semplice contestazione viene vista come una *affirmative defense*, vale a dire come una vera e propria eccezione di pagamento, rispetto alla quale il convenuto sarà onerato della relativa prova. Oppure, in assenza di un'attività difensiva di questo tipo, il mancato pagamento potrà essere considerato come un fatto pacifico, rispetto al quale diventerà addirittura superfluo interrogarsi sulla ripartizione dei carichi probatori.

Peraltro, secondo una parte minoritaria della giurisprudenza, come ad esempio quella del Wisconsin, sarebbe errato considerare il mancato pagamento come un elemento costitutivo della domanda dell'attore. Da questo diverso punto di vista è possibile esaminare le conclusioni raggiunte in *Rossister v. Schultz*, 62 Wis. 655 (1885). In quel caso, l'attore agiva in giudizio a fronte di un contratto non adempiuto senza allegare il *breach of contract* da parte del convenuto, e quest'ultimo, proprio per tale motivo, eccepiva il difetto di *cause of action*, istando per il rigetto immediato della domanda. Il giudice, contrariamente all'impostazione fatta propria dalla Corte di Appello dello Stato di New York, considerò tale difesa come «*a mere technical objection and not a substantial one*», osservando anzi che, da un punto di vista logico, sarebbe erroneo considerare il mancato pagamento come un elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore. Invero, se anche egli lo avesse allegato in giudizio, comunque non avrebbe poi dovuto farsi carico del relativo onere della prova, sì che, in ultima istanza, vi sarebbe da domandarsi perché mai all'attore dovrebbe essere imposto di allegare in giudizio un fatto giuridico la cui esistenza non dovrà necessariamente essere da lui dimostrata nel processo («*If he alleged it in his complaint, he would have been required to prove it ... Why then, under statutory pleading, should the plaintiff be required to make an allegation in his complaint which it is unnecessary to prove at the trial? We see no reason for such allegation*»). Si tratta di una impostazione indubbiamente solida, soprattutto perché in questo modo anche rispetto al fatto del pagamento,

autorevole dottrina, la giustificazione più plausibile di questa «anomalia» dell'eccezione di pagamento dovrebbe essere ricercata proprio in una delle più tratte argomentazioni di «*matter of sound policy*»: quella per cui sarebbe più opportuno onerare il convenuto della prova del pagamento poiché, altrimenti, l'attore dovrebbe farsi carico della prova di un fatto negativo, ossia il mancato pagamento, e la prova di un fatto negativo, come è noto, continua ad essere considerata come una prova estremamente difficile, o, meglio, come una prova autenticamente *diabolica* (137). Un secondo esempio di intervento del giudice diretto a rompere il legame sussistente tra *burden of pleading* e *burden of production* è quello del

in piena adesione al criterio tradizionale, *burden of pleading*, *burden of production* e *burden of persuasion* torneranno a concentrarsi in capo ad un unico soggetto, che sarà naturalmente il convenuto. Per un approfondimento della tematica del mancato pagamento come elemento costitutivo della *cause of action* dell'attore, si confronti comunque quanto affermato da ALDEN, *The Defense of Payment Under Code Procedure*, in *Yale Law Journal* 1909-1910, vol. XIX, 647 e ss., il quale discrimina tra la natura di elemento costitutivo della *cause of action* e *affirmative defense* del convenuto in base al momento in cui viene proposta la domanda, e da FISK, *Burden of Proof*, cit., 280-281 («*non-payment is a part of the plaintiff's case, and must be proved by or for him before he can win out*»).

(137) Si confronti lo scritto di REPPY, *The Anomaly of Payment as an Affirmative Defense*, in *The Cornell Law Quarterly* 1925, vol. X, 3, 275 e ss., ove si legge che «*the courts, not favoring the idea of forcing the plaintiff to prove a negative – nonpayment – a thing the law abhors, thought it good policy to place the burden of proving payment on the defendant ... even tho it was alleged*». Dato che il contesto sociale in cui si è sviluppata la giurisprudenza richiamata nel testo ha reputato come inopportuno, o come sconveniente, onerare l'attore della prova del mancato pagamento, che è un fatto negativo, si preferisce limitare il suo onere alla sola allegazione di quel fatto, mentre poi spetterà al convenuto dimostrare il contrario. Nel contributo di Reppy, peraltro, si teorizza anche una seconda spiegazione dell'origine dell'eccezione di pagamento, ma, crediamo, meno persuasiva di quella che abbiamo appena visto. Seguendo tale ricostruzione, la prassi per la quale il mancato pagamento dovrebbe essere allegato in giudizio dall'attore e poi provato dal convenuto troverebbe le sue radici in una vecchia azione di *common law* inglese relativa ad una certa tipologia di *bond* in cui, a garanzia dell'adempimento del debitore, veniva prevista una penale. In quei casi, qualora il creditore, sulla scorta dell'inadempimento, avesse citato in giudizio il debitore al fine ottenere il pagamento della penale, quest'ultimo ben avrebbe potuto difendersi eccependo di aver pagato quanto dovuto in base al *bond*. Ma è chiaro che in questi casi la difesa del convenuto non poteva essere considerata tecnicamente come un'eccezione di pagamento della penale, trattandosi più che altro di una difesa diretta a dimostrare che il *bond* azionato dall'attore, al quale la penale era ricollegata, avrebbe dovuto considerarsi ormai estinto per pagamento («*suppose the defendant pleads that he has paid the same ... his defense is not a defense of payment in the true sense; it merely goes to show that the bond is void, or offers an excuse for nonpayments*»). Reppy sostiene in sostanza che con il passare del tempo le corti inglesi avrebbero finito per confondere questo tipo di eccezione di pagamento del *bond*, diretta a privare di rilevanza la pretesa avanzata dal creditore per il pagamento della somma pattuita a titolo di penale, con l'eccezione di pagamento vera e propria.

concorso di colpa dell'attore nelle azioni di *negligence* nel Tennessee. Come abbiamo già avuto modo di vedere precedentemente, i giudici di quella giurisdizione impongono all'attore l'onere di allegare in giudizio l'assenza di una sua *contributory negligence* nel cagionamento del danno subito, oltre che il *burden of persuasion* davanti ai giurati, mentre invece fanno ricadere sul convenuto il *burden of production* dell'esistenza di un concorso di colpa del *plaintiff* (138).

Volendo concludere su questo punto, tutto quanto abbiamo detto dovrebbe far riflettere su ciò che se rapportare la modulazione dell'onere della prova al *burden of pleading* possa sembrare effettivamente la soluzione più immediata, non sempre essa sarà solo per questo anche la migliore. Questa conclusione deriva dal fatto che è proprio il dato da cui si parte, vale a dire il *burden of pleading*, ad essere a sua volta un *quid* variabile, dai contorni sfumati, sia a causa del dato legislativo, spesso incompleto, che lascia libere le parti di decidere cosa allegare in giudizio come elemento costitutivo delle rispettive pretese, sia a causa dei poteri riconosciuti al giudice già nella preliminare fase dei *pleadings*.

(138) Ci riferiamo a quanto rinvenibile alle pagine 55 e seguenti, specialmente alla nota 65.

2. *Gli altri tests elaborati dalla giurisprudenza americana.* – Preso atto di tale intrinseca instabilità dell'onere di allegazione, occorre ora prendere in considerazione le altre regole e gli altri principi cui la giurisprudenza americana ricorre per ripartire gli oneri probatori tra le parti, prescindendo quasi completamente dalla allocazione del *burden of pleading*. Peraltro, prima di procedere nell'indagine, occorre chiarire subito una questione preliminare di notevole importanza. In tutte le decisioni che andremo ad esaminare, la giurisprudenza spesso parla in generale di *burden of proof*, senza specificare ulteriormente a quale dei due oneri probatori si stia facendo riferimento. Per quanto ci riguarda, siamo pienamente concordi con quella parte della dottrina che ha criticato questa superficialità della giurisprudenza pratica (139). Ad ogni modo, si tenga presente che tutti i vari principi, o regole di esperienza, che sono stati progressivamente elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per ripartire l'onere della prova, tendenzialmente si riferiscono al *burden of proof* considerato nel suo complesso, ricomprendendo dunque tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*. Nelle rare occasioni in cui l'allocazione di quest'ultimo onere probatorio non segua quella del primo, come ad esempio quando operi un certo tipo di presunzione, competerà al giudice rendere edotte le parti che, rispetto ad un determinato fatto, la ripartizione del *burden of persuasion* sarà indipendente da quella del *burden of production*.

Orbene, è possibile iniziare questa trattazione osservando che una delle principali linee guida seguite per ripartire l'onere della prova negli ordinamenti di *common law* è quella per cui se per una parte la prova di un certo fatto giuridico è più agevole, o comunque meno costosa da un punto di vista di economia processuale, l'onere della prova incomberà su di essa. Si tratta qui, come certamente si sarà intuito, delle stesse giustificazioni che da noi sono state utilizzate in dottrina e in giurisprudenza per forgiare il principio di vicinanza alla prova, principio che negli ordinamenti anglosassoni prende il nome di «*access to evidence*» (140).

(139) Così, fra gli altri, LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, cit., 1.

(140) Per un inquadramento generale del principio del *access to evidence* nella dottrina angloamericana rinviamo a MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, cit., 179, dove si

In giurisprudenza, un chiaro esempio dell'applicazione del criterio della vicinanza alla prova per ripartire gli oneri probatori si ha rispetto a quelle azioni proposte contro un pubblico ufficiale che, senza una valida ragione, abbia privato taluno di un diritto federale. È stato questo il caso di *Gomez v. Toledo*, azione intentata da un soggetto impiegato presso un dipartimento di polizia che, dopo aver denunciato alcuni colleghi, si è visto sollevare dal proprio incarico dal sovrintendente del medesimo dipartimento ed essere adibito a mansioni diverse in maniera assolutamente arbitraria, senza che fosse rispettato il suo diritto ad una *due process hearing*. La Corte Suprema, riformando la decisione del giudice di seconde cure, ha stabilito che in tutti i casi di questo tipo è sufficiente che l'attore allegghi in giudizio l'illegittima soppressione del diritto federale a causa di un comportamento di un pubblico ufficiale, mentre spetterà poi a quest'ultimo allegare e provare la sua *good faith*, o, comunque, la legittimità e la correttezza del potere esercitato, in quanto trattasi di elementi tipicamente peculiari alla sua sfera giuridica (141).

Un altro settore dove il *burden of proof* viene ripartito in base al principio del *access to evidence* è quello della prova della conformità dei beni ricevuti rispetto a quelli effettivamente pattuiti in un contratto di compravendita. Applicando la normativa dell'*Uniform Commercial Code*, la ripartizione dell'onere della prova avviene seguendo quello che è stato indicato dalla dottrina come il c.d. «*acceptance-rejection fulcrum*»: l'onere probatorio verrà imposto al compratore o al venditore a seconda che, rispettivamente, i beni

fa riferimento proprio ad un «*peculiar knowledge of the facts*» di una parte piuttosto che dell'altra. Si vedano poi JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 324; MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 787-789; WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 275; MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 71-72; KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal* 1993-1994, vol. CIV, 129-205, e, infine, LAWSON, *The Law of Presumptive Evidence*, cit., 20 e ss. Per quanto riguarda la dottrina italiana, invece, crediamo sia qui sufficiente richiamare LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., Milano 2011, vol. I, 258.

(141) *Gomez v. Toledo*, 446 U.S. 635 (1980). Per quanto è di interesse in questa sede, il passaggio più rilevante della decisione è naturalmente quello in cui la Corte ha giustificato l'allocazione dell'onere della prova della buona fede del pubblico ufficiale in capo a quest'ultimo alla luce del criterio del *access to evidence*: «*this allocation of the burden ... is supported by the nature of the qualified immunity defense, since whether such immunity has been established depends on facts peculiarly within the defendant's knowledge and control, the applicable test focusing not only on whether he has an objectively reasonable basis for his belief that his conduct was lawful, but also on whether he has a subjective belief*»

compravenduti, al momento della consegna, siano stati accettati dal primo oppure siano stati rifiutati e restituiti al secondo (142). Come si è osservato, questa ripartizione dell'onere della prova della conformità dei beni compravenduti sarebbe effettivamente ispirata al principio del *access to evidence* poiché spesso, nel contenzioso commerciale, sono gli stessi beni a costituire il miglior mezzo di prova per dimostrare la conformità tra ciò che è stato pattuito e ciò che è stato ricevuto. Non solo, ma la parte che è nel materiale possesso dei beni compravenduti, sia essa il *buyer* che li ha accettati o il *seller* che se li è visti restituire, sarà quella che verosimilmente si troverà nella migliore posizione per richiedere la perizia di un esperto che accerti la natura e lo stato di tali beni al momento della consegna (143). In entrambe le eventualità sarebbe corretto imporre l'onere probatorio in capo alla parte che dopo la consegna rimane nel possesso dei beni poiché, proprio per questo motivo, nel caso in cui dovesse sorgere un contenzioso, sarà per lei più agevole dimostrare la conformità o la non conformità dei beni consegnati a ciò che si era pattuito nel contratto di compravendita.

L'applicazione del principio della vicinanza alla prova per orientare il giudice nella delicata questione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti, tuttavia, crediamo incontri alcune serie limitazioni. Anzitutto, siamo convinti che se mai tale principio possa influenzare la dinamica della distribuzione degli oneri probatori, dovrebbe trattarsi solamente del *burden of production*, e non anche del *burden of persuasion*. Ci sembra intuibile,

(142) La *section 2607 (4)* dell'*Uniform Commercial Code* statuisce invero che «*the burden is on the buyer to establish any breach with respect to the goods accepted*». Da questa statuizione, dottrina e giurisprudenza ricavano *a contrario* che l'onere della prova sarà in capo al *seller* tutte le volte in cui il *buyer* rifiuti i beni consegnati in quanto non conformi a quelli effettivamente pattuiti nel contratto di compravendita, o siano comunque difettosi. La giurisprudenza si è espressa in tal senso, ad esempio, in *Ramirex v. Autosport*, 88 N.J. 277 (1982): «*once a buyer accepts goods, he has the burden to prove any defect ... by contrast, where goods are rejected for not conforming to the contract, the burden is on the seller to prove that the nonconformity was corrected*». Per quanto riguarda la dottrina, la ripartizione dell'onere della prova nei contratti di compravendita alla luce dell'*acceptance-rejection fulcrum* è stata approfondita specialmente da KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, cit., 135 e ss.

(143) KRAUS, op. cit., 143-146: «*one promising example of evidence central to many sales disputes is the goods themselves ... the party in possession of the goods presumably has easier access to them than the other party, and given that the goods are rarely in the possession of both parties simultaneously, one party typically will have superior access to them*».

cioè, che se le difficoltà cui questo principio ambisce a porre rimedio sono quelle che può avere una parte nel procurarsi un determinato mezzo di prova, in quanto attinente più direttamente alla sfera giuridica della controparte, allora esso ha una funzione squisitamente tecnica, destinata ad esplicarsi ed esaurirsi in un contesto processuale e di economia dell'istruttoria. Al contrario, le regole che attendono al *burden of persuasion* hanno più un'impronta di tipo sostanziale: non a caso esse si dirigono verso i giurati, che sono i giudici del fatto, e non verso il giudice (144).

È noto, poi, che questo principio conosce numerose eccezioni. In altri termini, vi sono dei fatti rispetto ai quali, da sempre, anche il principio della vicinanza alla prova cede, e si finisce per attribuire l'onere probatorio in capo alla parte che non è nella posizione più favorevole per fornire la prova della loro esistenza o della loro inesistenza. Ci riferiamo, evidentemente, a tutti i casi in cui ad una parte viene imposto di provare una condotta che rientra tipicamente nella sfera giuridica della controparte e, specialmente, ai

(144) Su questo punto si confronti quanto sostenuto da THAYER, *The Burden of Proof*, cit., 45 e ss. e MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 71-72. In breve, secondo McKelvey, nell'eventualità in cui la prova di un certo fatto appartenga in maniera più immediata alla sfera giuridica dell'avversario di chi lo ha allegato in giudizio, sarebbe sufficiente l'inattività istruttoria della parte più «vicina» alla prova per permettere al giudice di inferire la bontà di quanto affermato dalla parte che lo ha allegato. Del resto, si dice, se tale fatto giuridico gli fosse favorevole, con ogni probabilità non esiterebbe ad offrire tutta l'evidenza necessaria per dimostrarne l'esistenza o l'inesistenza («where it appears ... that a certain fact alleged by the plaintiff is peculiarly within the knowledge of the defendant, the failure of the defendant to give such knowledge to the jury, when, were the fact in his favor, he would naturally do so, is a sufficient circumstance to justify the jury in inferring that the fact is in truth against him»). Tuttavia, come si precisa, l'onere probatorio che viene influenzato da tale condizione di vicinanza della parte alla prova non è il *burden of persuasion*, bensì «the burden of proceeding». In senso conforme, si veda anche quanto sostenuto da STEIN, *Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: the Law, its Rationale, a New Theory, and its Failure*, cit., 335, secondo il quale «access to evidence may only be invoked as a controlling factor in allocating the burden of production» (corsivo suo), e da HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, cit., 419: «one party may have easier access to evidence than his opponent, meaning he can assemble evidence at a lower cost than his opponent ... other things being equal, the lower one party's relative costs, the stronger the argument for giving him the burden of proofs. Contra, HERTENSTEIN, *Assigning the Burden of Proof in Due Process Hearings: Schaffer v. Weast and the Need to Amend the Individuals with Disabilities in Education Act*, cit., 1049, e KRAUS, op. cit., 142-143 e ss. Quest'ultimo, in particolare, pur non affermando esplicitamente che il criterio della vicinanza alla prova sia idoneo ad influenzare anche il *burden of persuasion*, tuttavia sembrerebbe presupporlo quando osserva che, con riferimento alla *sales law*, la teoria della ripartizione dell'onere probatorio contenuta nell'*Uniform Commercial Code* continui ad essere «efficient», non venendo affatto indebolita dal progressivo sviluppo che in campo commerciale ha avuto la *discovery*.

casi di *negligence*, dove di regola la colpa del convenuto deve essere allegata e provata dall'attore, salvo l'operare di una qualche presunzione a sua favore, nonché ai casi di *breach of contract*, dove l'attore deve allegare e provare in giudizio l'inadempimento del convenuto.

Un'altra argomentazione cui spesso la giurisprudenza ricorre per distribuire l'onere della prova è quella della «*essentiality*» del fatto che deve essere provato rispetto alle pretese dell'una o dell'altra parte, alla luce del contesto processuale e di tutte le peculiarità del caso concreto. Così, se un certo fatto sembrerebbe essere essenziale alla pretesa attorea, sarebbe per ciò solo corretto far ricadere il relativo onere probatorio sul *plaintiff*. La *ratio* di questo criterio di ripartizione dell'onere probatorio ben emerge fra gli altri nei casi di impugnazione di licenziamento per motivi discriminatori. In *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, ad esempio, si è stabilito che nonostante il *burden of production* spetti al lavoratore attore, il quale dovrà pertanto fornire una *prima facie evidence* della effettiva esistenza dei motivi discriminatori allegati nella domanda, il *burden of persuasion* sarà comunque del datore di lavoro, convenuto in giudizio. Più in particolare, si è detto che è onere del datore dimostrare che il licenziamento è stato giustificato da una concreta «*business necessity*», come tale idonea ad allontanare i sospetti di un licenziamento discriminatorio, in quanto si tratterebbe di un elemento essenziale alla sua pretesa, diretta ad accertare in giudizio la legittimità dell'esercizio del potere di licenziamento e a convalidarne gli effetti (145).

Ma tale impostazione, in un certo senso, ci pare essere anche più fragile del criterio della vicinanza alla prova. Brevemente, aderendo a quanto sostenuto dalla dottrina più accreditata, è possibile osservare che stabilire se un certo fatto sia essenziale rispetto alle pretese di una parte piuttosto che dell'altra, non solo è un quesito di non pratica soluzione, ma è addirittura inutile, poiché in sostanza non si farebbe altro che ricondurre nuovamente il discorso al diverso problema dell'allocatione del *burden of pleading*. Invero, posto che una parte ha l'onere di allegare in giudizio i fatti che essa reputa come essenziali alla propria domanda, è evidente che, seguendo la teoria che qui si commenta, si

(145) *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989): «*a neutral practice that operates to exclude minorities is nevertheless lawful if it serves a valid business purpose: "The touchstone is business necessity"*», citando *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

dissolverebbe completamente ogni differenza sussistente tra la ripartizione del *burden of pleading* e quella del *burden of proof* (146). Sembrerebbe dunque trattarsi di una ridondanza di cui nessuno sentiva davvero il bisogno, idonea solamente a creare ulteriore confusione attorno alla problematica della ripartizione degli oneri probatori negli ordinamenti di *common law*.

Capita frequentemente che la giurisprudenza americana ricorra poi a quella che potremmo chiamare come la «dottrina delle negative». Si tratta, fra tutti i *tests* variamente utilizzati per allocare il *burden of persuasion*, di quello più strettamente correlato al *burden of pleading* e a ciò che le parti hanno effettivamente allegato in giudizio. In breve, posto che la prova di un fatto negativo, essendo la prova di un «non fatto», vale a dire la prova di qualcosa che non si è verificato, sarebbe di per sé estremamente difficile – quando non addirittura impossibile, come continuano a sostenere alcuni – si sceglie, in adesione alla massima *negativa non sunt probanda*, di imporre l'onere probatorio in capo alla parte che, nel proprio *pleading*, formula la proposizione fattuale in senso positivo, affermando che un fatto si è verificato in un certo modo (147). Uno dei casi più frequenti in cui l'onere della

(146) Su tale criterio di ripartizione dell'onere della prova, e su come esso finisca per identificarsi con la problematica del *burden of pleading*, crediamo sia sufficiente considerare quanto sostenuto da WIGMORE, op. cit., vol IX, 275: «*it is sometimes said that is upon the party whose case the fact is essential ... this is correct enough, but it merely advances the inquiry one step; we must then ask whether there is any general principle which determines to what party's case a fact is essential*» (corsivo suo). In generale, poi, si veda PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 127 e ss., («*the true meaning of the rule is that where a give allegation, whether affirmative or negative, forms an essential part of a party's case, the proof of such allegation rests on him*»). Senza contare che, spesso, come avremo modo di vedere successivamente, lo stesso fatto giuridico è parimenti *essential* alle pretese di entrambe le parti.

(147) Su questa teoria della ripartizione dell'onere della prova si consideri anzitutto quanto sostenuto da THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 370-376, ossia che la risposta generale, o comunque più immediata, al quesito su chi debba ricadere l'onere della prova è che «esso incombe all'attore, colui che allega la proposizione affermativa» («*the general answer is that the actor has it, the one who holds the affirmatives*»). In senso analogo, si confrontino poi i rilievi di WIGMORE, op. cit., vol. IX, 274-277, e JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 322. Di non facile comprensione, invece, ci sembra essere la posizione di CONRAD, *Modern Trial Evidence*, cit., 145-155. Dapprima si afferma che «*generally, the burden ... rests upon a party who introduces affirmative matter*», chiosando poche pagine dopo che, comunque, «*a party is not relieved of his burden of proof merely because it is difficult or inconvenient to produce the necessary evidences*». Per quanto ci riguarda, non possiamo che concordare con questo secondo passaggio, dato che solamente in questo modo è possibile tenere distinto il piano dell'onere della prova da quello della valutazione delle prove. In altre

prova viene ripartito in considerazione del segno negativo della proposizione fattuale mediante la quale una parte allega in giudizio un certo fatto è quello del pagamento. Come abbiamo visto, quando l'attore allega in giudizio l'inesistenza del fatto del pagamento, affermando nel suo *pleading* che il convenuto non ha pagato, la giurisprudenza maggioritaria impone l'onere della prova dell'inverso, ossia l'effettiva esistenza del pagamento, in capo al convenuto, argomentando variamente che sarebbe sconveniente ed iniquo onerare l'attore della prova di un fatto negativo.

Peraltro, nemmeno questo *test* sembrerebbe rispondere in modo completo ed esauriente alla domanda che sta alla base della nostra indagine. In effetti, dovrebbe essere evidente che, salvo alcune rare eccezioni, ogni proposizione fattuale formulata nei *pleadings*, mediante la quale si allega in giudizio un certo fatto, può assumere tanto una connotazione positiva, quanto una connotazione negativa, a seconda di come venga espressa da chi redige l'atto (148). Riprendendo nuovamente l'esempio del pagamento, è chiaro che l'essenza del fatto giuridico che deve essere provato non cambia a seconda che sia l'attore ad allegarlo mediante una proposizione di segno negativo («il convenuto non ha pagato»), ovvero che sia il convenuto ad allegarlo mediante una proposizione di segno positivo («ho pagato il mio debito»). In entrambi i casi, cioè, il fatto allegato in giudizio, di cui occorre ora fornire la prova, è il medesimo, solamente che nella prima ipotesi viene affermato come inesistente, mentre nella seconda viene affermato come esistente. Siamo

parole, ci sembra chiaro che eventuali considerazioni relative alle difficoltà che una parte possa incontrare nel fornire una determinata prova interessino più propriamente la sua valutazione, e non anche il discorso relativo alla allocazione dell'onere probatorio. È noto, tuttavia, come la dottrina delle negative trovi il suo fondamento proprio nella diffidenza con cui da sempre si guarda alla prova di un fatto negativo, perché considerata *a priori* troppo difficile, quando non addirittura impossibile, e, di riflesso, sarebbe eccessivamente gravoso anche l'onere probatorio. Se così stanno le cose, peraltro, è evidente che i due assunti di Conrad che abbiamo riportato sono tra loro logicamente incompatibili, poiché il secondo distrugge le premesse su cui si basa il primo.

(148) Per uno spunto in tal senso si confronti JAMES, HAZARD, op. cit., 322: «*language can be manipulated so as to state most propositions either negatively or affirmatively ... breach of promise may be called nonfulfillment ... negligence is often described as the lack of or failure to exercise due care*». Conformemente CROSS, TAPPER, *Evidence*, cit., 130 («*the application of the rule would depend upon the language chosen to state a case ... even though a positive averment can always be converted into a negative statement by appropriate linguistic manipulation*»).

convinti che questo nostro discorso valga in generale per ogni fatto giuridico, e non solo per il pagamento: in altri termini, una volta che sia stato allegato in giudizio, un fatto è come se diventasse neutro, perdendo il segno della proposizione fattuale formulata dalla parte nel proprio *pleading* difensivo. Ciò comporta, in particolare, che il fatto allegato in giudizio potrà alternativamente essere accertato come esistente o come inesistente indipendentemente dal segno della proposizione fattuale formulata dalla parte che lo ha allegato in giudizio. Così, è chiaro che il pagamento potrà essere accertato come esistente o come inesistente a prescindere dalla circostanza che esso sia stato allegato in giudizio mediante una proposizione di segno negativo, ovvero una proposizione di segno positivo.

Ma tale teoria, che ricollega una scelta spesso decisiva per l'esito della lite, qual è senz'altro l'allocatione dell'onere della prova, al segno della proposizione fattuale di parte, non sembrerebbe essere convincente per diverse ragioni. Anzitutto, si aprirebbe la strada al rischio che le parti formulino volutamente le proprie proposizioni fattuali in senso negativo, al fine di far ricadere l'onere della prova sull'avversario. Non a caso, proprio la ripartizione dell'onere della prova rappresenta da sempre una delle più spiccate difficoltà applicative delle azioni di accertamento negativo, e si tratta di un'argomentazione spesso sollevata da chi vede in questa tipologia di azioni una sorta di abuso dell'azione e del processo. La più rilevante peculiarità dell'azione di accertamento negativo, come si sa, consiste in ciò che sul piano processuale le posizioni delle parti sono invertite rispetto ai ruoli che le stesse hanno sul piano sostanziale, posto che l'attore allega in giudizio alcuni o tutti i fatti costitutivi del diritto del convenuto attraverso una proposizione fattuale di segno negativo, affermandone cioè l'inesistenza. Nell'ordinamento italiano, l'opinione tradizionale della dottrina e largamente maggioritaria in giurisprudenza è sempre stata nel senso di onerare l'attore in accertamento negativo della prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi allegati in giudizio; ma, come è noto, si tratta di una tesi che trova la sua principale giustificazione in esigenze ben particolari, che si identificano per lo più in un paventato timore di una reviviscenza delle odiose *provocationes ad agendum* dell'età comunale. In tempi più recenti, peraltro, si sono registrate aperture di segno opposto. In altre parole, dopo aver preso atto dell'anacronismo delle ragioni portate a sostegno della tesi più

tradizionale, si è ritornati a dire anche da noi, in linea con la teoria che stiamo esaminando in questa sede, che l'onere della prova dell'esistenza dei fatti allegati in giudizio dall'attore, e da questi affermati come inesistenti, dovrebbe ricadere sul convenuto poiché, fra l'altro, trattandosi della prova di un fatto negativo, sarebbe fin troppo iniquo porlo in capo all'attore (149).

(149) Si noti che già THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 370-371, pur senza fare espresso riferimento alle azioni di accertamento negativo, osservava che alle volte, ai fini della distribuzione del carico probatorio, può essere difficile individuare quale sia il «vero» attore: «*how, then, shall we ascertain, in any given case, who the actor is?*». Si tratta di un quesito di indubbia profondità, diretto a stabilire se nelle azioni di accertamento negativo debba privilegiarsi la sostanza sulla forma, considerando come attore colui che sul piano sostanziale risulta effettivamente essere il titolare del diritto conteso, e che in questa tipologia di giudizi assume le vesti del convenuto, ovvero se, al contrario, debba privilegiarsi la forma sulla sostanza, considerando come attore colui che ha radicato il giudizio di accertamento negativo al fine di ottenere una declaratoria di inesistenza dell'altrui diritto soggettivo. Questa contrapposizione di vedute ha naturalmente avuto un ruolo determinante anche nel dibattito che ha animato e anima tutt'ora la dottrina italiana in merito alla ripartizione dell'onere della prova rispetto alle azioni di accertamento negativo. Con riferimento alla nostra dottrina, peraltro, è opportuno qui ricordare che si dibatte solamente rispetto alla ripartizione dell'onere della prova dei fatti costitutivi, essendo assolutamente pacifico che sia l'attore a dover farsi carico dell'onere della prova dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi. Ora, secondo la tesi più tradizionale, l'onere della prova dei fatti costitutivi dovrebbe essere posto in capo all'attore. È questa la posizione di MORTARA, *Commentario delle leggi e del codice di procedura civile*, 3^a ed., Milano 1923, vol. II, 602-603, e di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Napoli 1936, vol. II, 312 e ss., e ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma 1931, vol. I, 87, specialmente alla nota 68, posizione poi ripresa da MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 457-463, e, con qualche variazione, da PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1970, 620 e ss., e ora in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 104-111. In breve, al di là dell'argomento, a nostro avviso piuttosto debole, del timore di una reviviscenza dei giudizi provocatori dell'età comunale, questa tesi si fonda sulla prevalenza del ruolo formale che le parti assumono nel processo, in veste di attore o di convenuto, indipendentemente da quello che le stesse hanno sul piano sostanziale rispetto al diritto soggettivo conteso. Recentemente invece, è stata avanzata da ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006, una diversa tesi, che tende a riconoscere un'importanza prioritaria al ruolo che le parti ricoprono sul piano sostanziale. Anzitutto, si dice, sarebbe priva di fondamento la giustificazione etica della teoria tradizionale, vale a dire quella per cui imporre l'onere della prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi del diritto soggettivo in capo all'attore sarebbe l'unica difesa degli ordinamenti moderni contro un ritorno alla ribalta dei giudizi provocatori dell'età comunale. Come si osserva alle pagine 419 e seguenti, ragionando in tal senso si finirebbe per confondere tra loro il piano della ripartizione degli oneri probatori con quello, logicamente diverso e sicuramente preliminare, della stessa ammissibilità dell'azione di accertamento negativo come forma di tutela giuridica. Invero, questo timore, se anche fosse fondato, avrebbe a che vedere con quel secondo piano, e, di riflesso, con quello dell'interesse ad agire, ma non certo con il problema della ripartizione dell'onere della prova. Per

A questo proposito, può essere interessante osservare che negli Stati Uniti lo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza rispetto alla ripartizione dell'onere della prova nei *negative declaratory judgement* non sembrerebbe essere poi molto più chiaro. In *Preferred Accidents Ins. Co. of N. Y. v. Grasso*, ad esempio, la Corte di Appello federale ha confermato la ripartizione dell'onere della prova attuata in primo grado, ove si è stabilito che nell'ambito di un rapporto assicurativo, qualora sia l'assicuratore ad agire in giudizio contro l'assicurato domandando l'accertamento della non escutibilità della polizza, l'onere di provare le cause di tale *nonliability* ricada comunque sull'assicurato, e non sull'assicuratore, il quale sarebbe altrimenti onerato della prova di un fatto negativo. Più in particolare, il collegio di seconde cure dapprima ha osservato che è una regola generale quella per cui, rispetto ad una polizza assicurativa, «il suo ambito di applicazione e la sua

quanto attiene in modo più specifico a questo secondo problema, si sostiene che l'attore in accertamento negativo dovrebbe essere onerato solamente della prova dei fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, in quanto egli è colui che, sul piano sostanziale, ha interesse ad ottenere una declaratoria di inesistenza di quel diritto soggettivo. Sarebbe irragionevole, in altre parole, imporre all'attore in accertamento negativo un onere probatorio ben più ampio di quello presupposto dal *petitum* della sua domanda. Su questa seconda tesi si veda anche BIONDI, *Petizione di eredità «ex lege» ed onere probatorio in tema di disconoscimento di testamento olografo*, in *Foro italiano* 1953, IV, 43 e ss. Queste due impostazioni sono accomunate dal fatto che l'oggetto del giudizio di accertamento negativo viene individuato nel diritto soggettivo del convenuto, considerato nel suo complesso. Questo, da un punto di vista logico, è indubbiamente un pregio, poiché diviene così possibile equiparare integralmente le azioni di accertamento negativo a quelle, specularmente opposte, di accertamento positivo aventi ad oggetto il medesimo diritto sostanziale. Tuttavia, si è poi costretti a pagare il prezzo – indubbiamente piuttosto elevato – di un'insanabile aporia in termini di ripartizione dell'onere della prova dei fatti costitutivi, nel senso appena visto. Proprio tali difficoltà hanno spinto altra parte della dottrina ad impostare in modo affatto differente il problema dell'oggetto delle azioni e dei giudizi di accertamento negativo. Questo, in altre parole, non si identificherebbe più con l'intero diritto soggettivo del convenuto, bensì solamente con le singole questioni espressamente fatte valere dalle parti. Ci riferiamo qui alla ricostruzione di MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, cit., 1064 e ss., che sostanzialmente vede nel giudizio di accertamento negativo un giudizio su singole questioni. Seguendo tale diversa impostazione, il problema della ripartizione dell'onere della prova è destinato a trovare una soluzione veramente equilibrata, poiché ciascuna parte avrà l'onere di provare le questioni che concretamente sceglie di far valere, allegandole in giudizio. Così, l'attore in accertamento negativo avrà l'onere di provare l'esistenza dei fatti estintivi, modificativi od impeditivi, oltre che l'inesistenza dei singoli fatti costitutivi allegati in giudizio, in linea con il *petitum* della sua domanda, mentre il convenuto avrà l'onere di allegare e provare l'esistenza dei fatti costitutivi del proprio diritto soggettivo, al fine scongiurare una declaratoria di inesistenza del medesimo.

escutibilità devono essere provate dall'assicurato», e, successivamente, ha affermato in termini perentori che questa ripartizione degli oneri probatori tra assicuratore e assicurato, affondando le sue radici nel terreno del diritto sostanziale, non possa essere messa in discussione solamente per il fatto che sia l'assicuratore a prendere l'iniziativa giudiziale mediante un'azione di accertamento negativo (150). In senso conforme, oltre ai precedenti giurisprudenziali richiamati in questa decisione, si vedano anche *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Smith* (151), dove, in uno scenario simile, si è deciso allo stesso modo di onerare l'assicurato della prova della effettiva sussistenza delle condizioni di escutibilità della polizza assicurativa, *in thesi* negate dall'assicuratore attore, e, soprattutto, *Travelers Ins. Co. v. Greenough*, dove l'onere della prova è stato posto in capo all'assicurato in base a vere e proprie considerazioni di *fairness* e *policy* sociale. Come è possibile leggere nel testo di questa seconda pronuncia, solamente una ripartizione degli oneri di questo tipo sarebbe effettivamente «*just and fair*», poiché la soluzione opposta metterebbe l'attore in una posizione indebitamente sconveniente: «egli ha tutto il diritto di ottenere una decisione sul punto senza attendere l'iniziativa giudiziale dell'assicurato, e non è tenuto a pagare un prezzo così alto per esercitarlo», vale a dire, il prezzo dell'imposizione di un onere probatorio che, a causa della natura negativa del fatto da provare, sarebbe fin troppo pesante (152). Questo ragionamento è stato severamente criticato in *Travelers Ins. Co. v.*

(150) «Turning now to the issue of burden of proof, it is of course obvious that liability of the insured does not automatically show the liability of the insurer; coverage and breach must be shown and the ultimate burden of proof of this rests upon the insured ... Does the fact that this is the insurer's action for a declaratory judgement change the principle? It would see rather anomalous that so important a matter should depend on the chance of who first sues». I riferimenti completi della decisione riportata nel testo sono i seguenti: *Preferred Accidents Ins. Co. of N. Y. v. Grasso*, 186 F.2d 987 (1951). In senso conforme, si veda da noi Cass. 12 dicembre 2014, n. 26518, dove, in una fattispecie identica, l'onere della prova dell'esistenza dei presupposti per l'escussione della polizza assicurativa «a prima richiesta» è stato posto in capo all'assicurato convenuto in giudizio, e non in capo all'assicuratore, attore in accertamento negativo.

(151) *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Smith*, 48 F. Supp. 570 (W.D. Mo. 1942).

(152) *Travelers Ins. Co. v. Greenough*, 190 A. 129 (N. H. 1937): «this view is thought to be just and fair. A contrary one would place the plaintiff in a position of undue disadvantage. Having the right to an adjudication of the claim without waiting for the claimant to institute legal proceedings, it ought not to suffer and to have to pay a price by exercising its right. No commendation of justice is perceived in making the plaintiff worse off by seeking a disposal of the contentions between it and the claimant than by awaiting litigation commenced by the latter» (enfasi nostra).

Drumbeller, dove invece si è affermato che qualora l'assicuratore agisca in giudizio domandando che venga accertato che la morte dell'assicurato non è avvenuta per cause coperte dalla polizza assicurativa, spetterà a lui stesso il relativo onere probatorio. Peraltro, anche in questo caso per sciogliere il nodo della ripartizione dell'onere della prova il giudice ha fatto ricorso ad argomentazioni pianamente riconducibili ad esigenze di equità e di *social policy*. In particolare, si è osservato che in tutti questi casi «la società assicuratrice instaura per prima il giudizio di accertamento negativo perché così facendo ambisce a ricavarne pratici vantaggi», come ad esempio la scelta del giudice davanti al quale radicare la lite, sì che, in sostanza, ci si dovrebbe domandare «per quale motivo sia possibile godere di questi vantaggi senza assumersi anche tutti gli oneri tipici dell'attore», fra i quali spiccherebbe appunto l'onere della prova (153).

Naturalmente, poi, negli ordinamenti angloamericani la problematica della ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo è destinata a complicarsi ulteriormente non appena ci si interroghi su quale sia l'onere probatorio che in concreto viene imposto alla parte onerata, sia essa il convenuto ovvero l'attore. In *Preferred Accidents Ins. Co. of N. Y. v. Grasso*, *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Smith* e *Travelers Ins. Co. v. Greenough*, sembra evidente che l'onere della prova imposto all'assicurato, convenuto in giudizio, comprenda tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*; e infatti, nella prima decisione citata si parla proprio di «*ultimate burden of proof*». Peraltro, anche volendo prescindere da *Travelers Ins. Co. v. Drumbeller*, ove all'attore in accertamento negativo sono stati effettivamente imposti entrambi gli oneri probatori, è necessario dare qui conto di una tesi della dottrina secondo la quale in tutti questi casi sarebbe più equo onerare l'attore in accertamento negativo quantomeno del *burden of*

(153) *Travelers Ins. Co. v. Drumbeller*, 25 F. Supp. 606 (W.D. Mo. 1938): «*an insurance company institutes a declaratory judgment proceeding because it expects important advantages from itself taking the initiative. Why should it have those advantages (including the selection of the place of contest) without assuming also the ordinary burdens of a plaintiff?*».

production dell'inesistenza dei fatti dedotti in giudizio, sempre alla luce di altrettante «*considerations of fairness and conveniences*» (154).

Che il peso della questione della ripartizione degli oneri probatori non possa reggersi completamente sulla dottrina delle negative, del resto, troverebbe ulteriore conferma nell'esistenza di veri e propri fatti costitutivi negativi, fatti c.d. «*pure negative*». Si tratta, in altri termini, di casi in cui la *cause of action* può ritenersi perfezionata solamente a condizione che determinati fatti siano affermati come inesistenti da parte dell'attore, il quale dovrà anche farsi carico del relativo onere probatorio senza che la natura negativa del fatto da provare possa qui sopperire per invertire l'allocazione dell'onere della prova (155). È questo il caso, ad esempio, delle azioni di *breach of contract*, dove l'attore deve agire in giudizio allegando e provando il mancato adempimento del contratto da parte del convenuto, nonché, delle impugnazioni di testamento olografo, dove, quantomeno in

(154) Questa tesi è esposta in un bellissimo contributo anonimo intitolato *Developments in the Law. Declaratory Judgments – 1941-1949*, apparso in *Harvard Law Review* 1948-1949, vol. LXII, 787 e ss., nella sezione «*Comments*». Peraltro, nella parte finale di questo scritto si chiosa anche che «*placing the burden of persuasion as well on the plaintiff would not be harsh ... the position of the courts that the suit for a declaration of nonliability can be treated as though it were an action by the defendant seems unrealistic ... the emphasis should be placed on the fact that the plaintiff is the actor, and the burden of proof allocated accordingly*» (corsivo nostro). Per ulteriori spunti sulla disciplina generale della ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di mero accertamento negli ordinamenti di *common law*, rinviamo a MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 789, in nota.

(155) Così in dottrina FISK, *Burden of Proof*, cit., 280-281: «*it is wrong to say, that the burden of proof is always a duty resting upon the party asserting the affirmative of the issue ... if the negative of an issue is a part of the actor's case, he should allege it, and he must certainly prove it; and if the reus alleges the affirmative of that issue, he does not have to prove it*». Anche MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 74-75, distingue gli elementi costitutivi negativi della *cause of action* dell'attore, che dovranno necessariamente essere allegati in giudizio e provati da quest'ultimo, da quegli altri fatti negativi che sarebbero semplicemente impliciti in una proposizione fattuale di segno positivo, nel senso che l'esistenza del fatto in senso positivo esclude quella dello stesso fatto in senso negativo («*those which are merely implied from the allegation of affirmative facts, since the existence of such affirmative facts preclude the negative thereof*»). Volendo fare un esempio, è evidente che se l'attore pone a fondamento della propria *cause of action* l'esistenza di un contratto, implicitamente si sta affermando che non esiste alcun profilo di invalidità del medesimo, senza che sia per ciò solo necessario dimostrare l'inesistenza di ognuno di tali elementi invalidanti. Purtroppo però il discorso non viene approfondito da McKelvey, non essendo chiaro come sia possibile distinguere tra i fatti «puramente negativi» e quelli che debbono essere considerati come implicitamente inesistenti in conseguenza di una determinata allegazione di segno positivo.

alcune giurisdizioni, l'inesistenza della *sanity* del testatore, deve essere affermata e provata come inesistente da colui che impugna il testamento (156).

Infine, l'ultimo criterio cui si ricorre per ripartire l'onere probatorio tra le parti è quello della «*probability*». Si tratta, sostanzialmente, di una delle argomentazioni che viene spesso utilizzata anche da noi per distinguere i fatti costitutivi da quelli impeditivi: se il fatto allegato in giudizio rappresenta l'*id quod plerumque accidit*, allora sarà la parte che lo contesta ad avere l'onere di dimostrare che, nel caso di specie, vi è una divergenza da ciò che in fattispecie simili può essere considerata come la normalità delle cose (157).

In base a tale ragionamento, ad esempio, partendo dall'assunto che solitamente, in un contesto commerciale, la prestazione di certi servizi è onerosa, si sceglie di onerare colui che sostiene la gratuità dei servizi ricevuti tanto del *burden of production*, quanto del *burden of persuasion*. Rispetto a questa casistica, ci sembra sicuramente istruttivo *Hartley v. Bohrer*, ove la Corte Suprema dell'Idaho ha tracciato con limpida chiarezza la ripartizione

(156) Rispetto all'onere della prova della capacità di testare dell'autore della scheda testamentaria impugnata, si veda *Young v. Miller*, 145 Ind. 642 (1896). Sempre con riferimento alla materia testamentaria, un altro esempio di fatto *pure negative* si avrebbe in tutti quei casi in cui vi sia una controversia tra più eredi testamentari, e ciascuno sostenga la revoca o l'inesistenza del testamento sul quale le controparti fondano le proprie pretese ereditarie. In questi casi, cioè, ciascuna delle parti deve fare i conti con un elemento negativo della propria *cause of action*, ossia l'inesistenza, o l'invalidità, di un secondo testamento, che dovrà necessariamente essere allegato in giudizio e provato come inesistente. Su questa seconda ipotesi di *pure negative* rinvenibile nella materia successoria, si veda quanto riportato in nota da FISK, op. cit., 281. Che l'onere della prova del *breach of contract*, nonostante la consistenza negativa di tale fatto giuridico, sia posto in capo al *claimant* è sostenuto tra gli altri da PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, cit., 128.

(157) Sulla teoria della *probability* si vedano i contributi di JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 324, di MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 787, e di BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, cit., 817. Si tenga in considerazione poi anche lo scritto di STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, cit., 277-278. Commentando un caso inglese, Stone osserva che ben avrebbe fatto la House of Lords a riformare la decisione di appello, onerando il convenuto, che si era impegnato a trasportare via mare una determinata quantità di beni dell'attore, della prova della sussistenza di una «*frustration*», ossia, come diremmo noi, di una causa di forza maggiore, non imputabile a nessuna delle parti, per l'operare della quale l'adempimento della prestazione si rendeva impossibile. In questo esauriente commento si loda la decisione di ripartire l'onere della prova della *frustration* in questo modo, poiché, fra l'altro, «*in the great majority of frustration cases no fault of the parties was operative ... a rule requiring the defendant pleading frustration to negative fault will then ex hypothesi do injustice to a great majority of defendants, while on the other hand, a rule requiring the plaintiff to prove fault will ex hypothesi do injustice to only a small minority of plaintiffs*».

dell'onere della prova della gratuità dei servizi prestati in un contesto *lato sensu* familiare. La Corte ha anzitutto affermato che è una regola elementare quella per cui la prestazione di servizi deve presumersi sempre come onerosa, anche qualora tra chi presta il servizio e chi lo riceve sussista un vincolo di parentela più o meno stretto. Peraltro, tale presunzione è destinata a cedere il passo a quella contraria, vale a dire alla presunzione di gratuità dei servizi prestati, solamente in casi specifici, tra i quali la Corte ricorda quello in cui il prestatore e il beneficiario siano legati da un vincolo di sangue, matrimoniale o di adozione, nonché nel caso in cui due persone non altrimenti imparentate convivano comunque nella medesima dimora, atteggiandosi a tutti gli effetti come una famiglia. Dopo aver fatto questa distinzione, la Corte ha espresso chiaramente la propria posizione sul punto. Qualora si sia in presenza di una *family relationship*, sarà l'attore a dover dimostrare in giudizio l'onerosità dei servizi prestati, posto che, nella normalità delle cose, in un contesto familiare la prestazione di servizi deve intendersi come gratuita. Nell'ipotesi inversa, invece, sarà il convenuto ad avere l'onere di provare la gratuità dei servizi resi, poiché è la sua tesi che si allontana da quello che nella società odierna costituisce l'*id quod plerumque accidit*: vale a dire, l'onerosità della cessione di beni e della prestazione di servizi in contesti extrafamiliari (158).

Ma nemmeno questo criterio sembrerebbe dare una risposta piena e convincente al quesito della ripartizione degli oneri probatori. In effetti, quantomeno da un punto di vista teorico, avrebbe una sua ragione di fondo l'idea per la quale la parte che sostiene che un certo fatto si sia svolto in un modo diverso da ciò che normalmente avviene in casi simili debba farsi carico del relativo onere probatorio. Ciò che si può obiettare a questa tesi, peraltro, è lo stesso ordine di critiche già visto per il *burden of pleading*. In altri termini,

(158) *Hartley v. Bobrer*, 52 Idaho 72 (1932), cui rinviamo anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul conflitto tra la presunzione di gratuità e quella di onerosità dei servizi prestati nei contesti familiari e in quelli extrafamiliari. Per un'applicazione del criterio della *probability* nella giurisprudenza inglese, invece, si veda *Vines v. Djordjevitch*, 91 C.L.R. 512 (1955), ove si è affermato che «*in whatever form the enactment is cast, if it expresses an exculpation, justification, excuse, ground of defeasance or exclusion which assumes the existence of the general or primary grounds from which is decisive, not the order of the statutory words ... then it is evident that such an enactment supplies considerations of substance for placing the burden of proof on the party seeking to rely on the additional or special matters*»

non è possibile considerare tale impostazione come la definitiva risposta alla domanda della ripartizione degli oneri probatori poiché la stessa nozione di *id quod plerumque accidit*, lungi dall'essere un dato preciso, o fisso, è a sua volta mutevole, variabile, necessitando di essere volta per volta riempito di contenuto (159). In questo modo, ciò che viene considerato come «normale» in uno Stato, in un certo periodo storico, non sarà necessariamente considerato allo stesso modo anche in un altro Stato, ovvero nel medesimo Stato ma in un diverso periodo storico. A questo proposito, abbiamo già visto nel primo capitolo come, nell'evoluzione della ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di *nuisance*, ad un certo punto si iniziò in modo sempre più frequente ad imporre l'onere della prova dell'illegittimità del danno in capo all'attore. Ma questo perché, fra l'altro, con l'avvento della rivoluzione industriale era diventato normale che un certo tipo di attività produttiva potesse avere delle conseguenze più o meno dannose per i fondi confinanti, sì che, in sostanza, doveva considerarsi come ingiusto, e, quindi, risarcibile, solamente il danno eccedente la soglia del pregiudizio tollerato e giustificato in quanto normale ed inevitabile conseguenza della nuova realtà produttiva inglese.

(159) Con riferimento a quanto diciamo nel testo è possibile riprendere nuovamente il saggio di KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, cit., 148-150. Nella parte finale di questo contributo si sostiene fra l'altro che il criterio di ripartizione dell'onere della prova della conformità dei beni compravenduti tracciato dall'*Uniform Commercial Code* potrebbe essere considerato razionale anche alla luce del principio della *probability* solamente dimostrando che «*the fact that a buyer has rejected good makes it more plausible than not that the goods are nonconforming, and if the fact that a buyer has accepted goods makes it more probable than not that the goods are conforming*». Tuttavia, come giustamente sottolinea Kraus, si tratterebbe di uno scenario utopistico, o quantomeno parziale, poiché vorrebbe dire prendere in considerazione solamente le ipotesi in cui il compratore agisca in buona fede, attuando tutti i controlli necessari per accertare la conformità dei beni ricevuti direttamente al momento della consegna. Ma la realtà delle cose è composta anche di compratori che, pur essendo in buona fede, rifiutino di prendere possesso dei beni ricevuti perché erroneamente supposti come differenti da quelli effettivamente acquistati, ovvero che, a fronte di controlli superficiali, considerino come conformi beni che, in realtà, sono diversi da quelli acquistati. Senza trascurare, naturalmente, l'esistenza di compratori in mala fede che, nel tentativo di svincolarsi dal contratto di compravendita, rimandino i beni ricevuti al venditore asserendo la loro non conformità. In tutti questi casi, «*where the buyer rejects goods and the seller claims the goods were conforming, there is no reason to believe the seller is probably wrong*», sì che, in ultima battuta, non sarebbe nemmeno ragionevole imporre per ciò solo al venditore l'onere della prova.

Senza contare, poi, che ci si dovrebbe domandare anche se una ripartizione dell'onere della prova effettuata attraverso un'indagine sulle probabilità dell'accadimento di certi fatti giuridici sia effettivamente equa, e non alteri invece più del necessario la posizione di equilibrio in cui vengono a trovarsi le parti. Da questo diverso punto di vista, parte della dottrina americana ha giustamente richiamato l'attenzione sul fatto che ripartendo l'onere della prova in questo modo, la parte che allega in giudizio il fatto che a prima vista si allontana da quello che è l'*id quod plerumque accidit* finirebbe per sopportare il peso di tale probabilità sfavorevole per due volte. Una prima volta, quando si tratta di ripartire il *burden of persuasion*. Una seconda volta quando, in occasione del giudizio di fatto davanti alla giuria, si tratterà di andare a verificare se il convincimento raggiunto dai giurati eguagli o meno quello richiesto dallo *standard* probatorio della *preponderance of the evidence*. In altri termini, è come se il rischio di commettere un errore nella valutazione della riconducibilità o meno di un certo fatto a quella che deve essere considerata la normalità delle cose in fattispecie simili raddoppi. Non solo potrà essere commesso una prima volta dal giudice, in occasione della ripartizione del *burden of persuasion*, ma potrà essere commesso una seconda volta anche dai giurati, quando, nel segreto della *jury room*, dovranno decidere se il convincimento raggiunto in base alle prove raggiunga il livello loro imposto dallo *standard* probatorio di riferimento (160).

In conclusione, dunque, nessuno di questi principi generali teorizzati nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza di *common law* per guidare l'interprete nella ripartizione degli oneri probatori sembrerebbe essere completamente persuasivo.

Anzitutto, non è proficuo sforzarsi di ricercare una inossidabile correlazione tra *burden of pleading* e *burden of proof*. Laddove anche il dato dal quale si prendono le mosse per fare chiarezza sull'allocazione dell'onere della prova, vale a dire l'onere di allegazione, è a

(160) Per un approfondimento di questa critica al principio della *probability*, oltre che per una precisa dimostrazione di come questo aspetto della ripartizione dell'onere della prova sia strettamente ricollegato al problema degli *standards* probatori, soprattutto con riferimento a quello della *preponderance of the evidence*, rinviamo allo scritto di BALL, op. cit., 817-820. Anche CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, cit., 610, parla di un raddoppio delle probabilità sfavorevoli, ma lo fa in un senso diverso, riferendosi all'onere di allegazione e all'onere della prova: «*thus where a defense is disfavored, the defendant should have the double handicap of proving it and pleading it*».

sua volta un *quid* variabile, si sarà inevitabilmente destinati a sostituire il nostro quesito con un quesito diverso – e, per certi aspetti, di non più pronta soluzione – relativo specificamente a chi ha l'onere di allegare un certo fatto in giudizio. Senza contare, poi, che sono state proprio la dottrina e la giurisprudenza a ritenere concordemente che, rispetto ad alcuni fatti giuridici, i due *burdens* debbano essere scissi, nel senso che ad una parte incomberà l'onere di provare ciò che la controparte aveva l'onere di allegare in giudizio. Lo stesso ordine di critiche vale in un certo senso tanto per il criterio della «essenzialità» dei fatti giuridici, quanto per quello della *probability*. Rispetto al primo, anzi, la situazione non sembrerebbe affatto differente. Stabilendo che l'onere della prova debba incombere in capo alla parte rispetto alla cui pretesa il fatto rappresenta un elemento essenziale, in realtà, non si sta facendo altro che spostare l'attenzione dalla domanda relativa alla ripartizione dell'onere della prova a quella relativa al *burden of pleading*, posto che le parti hanno l'onere di allegare in giudizio gli elementi costitutivi delle proprie pretese, siano esse domande od eccezioni. Inoltre, anche seguendo il *test* della *probability* la ripartizione dell'onere della prova finirebbe per poggiare su un dato instabile. Invero, si tratterebbe in via preliminare di stabilire rispetto ad una determinata fattispecie cosa possa considerarsi in linea con la «normalità delle cose» e cosa, invece, rappresenti una effettiva divergenza dall'*id quod plerumque accidit*. Ma, come si è visto, rispetto alla medesima fattispecie l'idea del normale può variare anche sensibilmente non solo da una giurisdizione all'altra, ma anche in considerazione dei mutamenti dei contesti storico-sociali.

Nemmeno il criterio della vicinanza alla prova sembrerebbe essere in grado di spiegare compiutamente la ripartizione degli oneri probatori tra le parti, o, quantomeno, quella del *burden of persuasion*. Invero, l'eventualità che per una delle parti sia più agevole fornire la prova di un determinato fatto potrebbe semmai assumere un certo rilievo per l'allocatione del *burden of production*, operando più tecnicamente sul piano dell'economia dell'istruttoria, mentre a ben vedere le cose non dovrebbe avere alcun rilievo per la ripartizione del *burden of persuasion*. Come dovrebbe essere ormai chiaro, riteniamo che questo più tecnico significato dell'onere della prova affondi le sue radici nell'aspetto

sostanziale, politico e sociale dell'intero ordinamento giuridico, e avrebbe a che vedere poco o nulla con le considerazioni relative alla facilità per una parte di procurarsi un determinato mezzo di prova. È principalmente per questo motivo che, a nostro avviso, non dovrebbe sorprendere quella consolidata tradizione della giurisprudenza che in alcune specifiche ipotesi impone all'attore l'onere di provare fatti che, tuttavia, sono indubbiamente riconducibili alla sfera giuridica del convenuto, come la colpa di quest'ultimo nei casi di *negligence* o in quelli che si fondano su un suo *breach of contract*. Da ultima, il grave limite della dottrina delle negative ci sembra essere quello di semplificare eccessivamente il problema della ripartizione dell'onere della prova, riconoscendo fin troppa importanza al modo in cui le parti hanno steso le proposizioni fattuali contenute nei propri *pleadings*. In questo modo, e lo si è visto, il rischio è quello di lasciare che si abusino di tale prassi giurisprudenziale, agendo in prevenzione mediante un'azione di accertamento negativo al fine di beneficiare indebitamente di uno schema di ripartizione dell'onere probatorio più favorevole. Senza contare, peraltro, che resterebbe ad ogni modo da spiegare per quale motivo vi siano alcuni fatti rispetto ai quali l'onere della prova viene comunque fatto ricadere in capo alla parte che ne ha affermato l'inesistenza, ignorando la presunta difficoltà della prova di un fatto negativo che, in altre ipotesi, è stata invece ritenuta sufficiente per spostare l'onere probatorio in capo alla controparte.

Tuttavia, trattandosi di regole e di prassi applicative elaborate nel corso dell'intera esperienza giuridica degli ordinamenti angloamericani, dovrebbe essere chiaro che, in un certo senso, ciascuno di questi *tests* sia effettivamente razionale, essendo l'espressione di particolari esigenze o giustificazioni avvertite nella realtà giuridica di quegli ordinamenti. Così, come è logicamente intuibile e, proprio per questo, ragionevole, che vi sia un legame tra l'allegazione di un fatto e la relativa prova, è stato peraltro preferibile invertire l'onere della prova nei casi in cui il fatto sia affermato come inesistente, in considerazione delle difficoltà pratiche cui si potrebbe andare incontro nel provare un evento che, in tesi, non si sarebbe verificato. Allo stesso modo, se in determinati contesti processuali può avere un suo rilievo la facilità con cui le parti hanno accesso alle prove, in altri può essere determinante la sussunzione di un certo fatto alla categoria dell'*id quod plerumque accidit*,

piuttosto che in quella degli eventi eccezionali. Quindi, in un certo senso, si potrebbe concordare sul fatto che ciascuna di queste regole o, se si vuole, di questi principi, racchiuda una parte della risposta del quesito della ripartizione dell'onere della prova.

L'ultimo tassello che resta ora da esaminare per completare il quadro di questo nostro discorso è che le esigenze che stanno alla base di ciascuno di questi schemi generali di riparto del *burden of proof* non sempre spingono nella stessa direzione ma, spesso, finiscono per ostacolarsi o escludersi a vicenda.

La dimostrazione di quanto affermiamo si ricava, crediamo, da ciò che capita con una certa frequenza di imbattersi in decisioni dove più o meno consapevolmente si fa contestualmente ricorso a più di uno di questi schemi per ripartire l'onere della prova tra il *plaintiff* ed il *defendant* (161). Volendo chiarire meglio questo punto, è possibile prendere nuovamente come esempio il fatto del pagamento, che, come abbiamo avuto modo di vedere, di norma deve essere solamente allegato dall'attore come inesistente, mentre poi sarà il convenuto ad avere l'onere di provare il contrario. In questi casi, l'idea per cui l'onere della prova debba essere legato al *burden of pleading* cede, e, in compenso, in piena adesione alla dottrina delle negative, si ritiene preferibile evitare di imporre all'attore l'onere di provare l'inesistenza del pagamento, che è un fatto negativo, chiedendo invece al convenuto di dimostrare di aver pagato. Mentre invece né la teoria della vicinanza alla prova, né quella della *probability* sembrano svolgere un ruolo determinante nell'allocazione del *burden of proof* in questo genere di casi.

Similmente, in base a quello che abbiamo visto essere il criterio di ripartizione dell'onere della prova della conformità dei beni ricevuti a quelli effettivamente acquistati

(161) In dottrina hanno denunciato tale situazione MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 788-789, e LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, cit., 1: «Courts have traditionally assigned burdens of pleading and burdens of proof by mechanically applying any of a number of meaningless "tests"». In giurisprudenza, invece, si è detto fra l'altro che «one of the tests often resorted to in order to determine upon whom the burden rests to produce particular evidence is that it is always incumbent upon a party who sets up in his pleadings facts which are within his own peculiar knowledge», salvo poi precisare che il principio della vicinanza alla prova non possa mai essere utilizzato per imporre ad una parte l'onere di provare un fatto negativo («in no court can the burden of proving a negative be imposed on a plaintiff»): *Cook v. Guirkin*, 119 N.C. 13 (1896).

mediante un contratto di compravendita, potranno verificarsi diversi scenari. Qualora al momento della consegna il *buyer* rifiuti di prendere possesso dei beni, perché ritenuti non conformi a quelli pattuiti, sappiamo che l'onere della prova della conformità incomberà al *seller*. In questo caso, qualora sia il *seller* ad agire in giudizio, domandando che venga accertata la conformità dei beni consegnati, *nulla quaestio*: egli allegherà in giudizio tale fatto, e dovrà dimostrare la sua esistenza. Tuttavia, qualora sia il *buyer* a radicare un giudizio contro il *seller* domandando la risoluzione del contratto e la ripetizione di quanto pagato, egli dovrà allegare un fatto negativo, vale a dire la non conformità dei beni, rispetto al quale l'onere della prova incomberà sulla controparte: così facendo, se anche è possibile sostenere che venga rispettato il criterio della vicinanza alla prova, tuttavia si finisce per disconoscere sia il collegamento tra *burden of pleading* e *burden of proof*, sia i dettami della dottrina delle negative. Ancora, in *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, ove, come abbiamo visto, il *burden of persuasion* rispetto all'esistenza di una *business necessity* del licenziamento è stato imposto al datore di lavoro convenuto in giudizio, si è scelto almeno in parte di sacrificare sull'altare del principio della *essentiality* la *ratio* posta a fondamento del criterio più tradizionale: l'esistenza dei motivi discriminatori deve essere allegata dal lavoratore, il quale ne dovrà sopportare anche il *burden of production*, mentre poi l'onere di persuadere la giuria del contrario spetterà comunque al datore di lavoro.

Peraltro, da questo punto di vista sembrerebbe essere anche più interessante analizzare la ripartizione dell'onere della prova nei casi di *negligence*. In queste ipotesi, tradizionalmente, nella maggior parte degli Stati si richiede all'attore, che solitamente agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, di allegare e provare la colpa del convenuto. Così facendo, se da un lato si mantiene integro il legame tra onere di allegazione e onere della prova, dall'altro lato si disconoscono le ragioni che stanno alla base del principio del *access to evidence*, poiché si impone all'attore l'onere di provare un fatto che è più immediatamente riconducibile alla sfera giuridica della controparte, per la quale sarebbe certamente più agevole dimostrare di aver tenuto una condotta irreprensibile. Ciò ha portato con una frequenza sempre maggiore alla creazione di alcune presunzioni di colpa del convenuto, il che, tuttavia, finisce per violare il precetto della

dottrina delle negative, onerando quest'ultimo di dimostrare l'inesistenza dell'elemento soggettivo della colpa. Questo discorso, naturalmente, è destinato a complicarsi non appena si inserisca nell'equazione la variabile del concorso di colpa dell'attore, non essendo ancora chiaro se sia la sua assenza a dover essere considerata come un elemento costitutivo della domanda risarcitoria, ovvero se sia la sua esistenza ad essere una *affirmative defense* del convenuto, anche in considerazione dell'operare di determinate presunzioni che si ispirano al criterio della *probability*.

A tal proposito, ci è poi apparsa davvero illuminante la ricostruzione storica dell'allocatione degli oneri probatori nei casi di *bailment* nel Massachusetts effettuata in *Knowles v. Gilchrist Company*, poiché dimostra come nell'arco di quasi cento anni siano stati via via adottati quasi tutti gli schemi di ripartizione dell'onere della prova che abbiamo considerato (162). Il contratto di *bailment*, anzitutto, è simile al nostro contratto di deposito: si tratta di un contratto mediante il quale il depositante, qui chiamato *bailor*, consegna un certo quantitativo di beni mobili al depositario, il *bailee*, che si impegna a custodirli e riconsegnarli al *bailor* entro un certo termine. La maggior parte delle controversie originanti da un rapporto contrattuale di questo tipo derivano dal fatto che il *bailee* non riconsegna i beni entro il termine previsto dal contratto di *bailment*, ovvero li riconsegna danneggiati o, comunque, in uno stato diverso da quello in cui si trovano al momento della consegna da parte del *bailor*. Normalmente, quindi, come è avvenuto anche in *Knowles v. Gilchrist Company*, il *bailor* cita in giudizio il *bailee* domandando il risarcimento del danno subito e, se ancora possibile, la restituzione dei beni. Dal punto di vista della teoria dell'onere della prova le complicazioni riguardano la responsabilità del *bailee*, trattandosi di stabilire se l'effettiva esistenza di una sua *negligence* sia un elemento costitutivo della domanda del *bailor*, ovvero se l'assenza di *negligence* integri una *affirmative defense* del *bailee* stesso. È evidente che, nella prima ipotesi, l'onere della prova incomberà al *bailor*, mentre, nella seconda, al *bailee*.

(162) *Knowles v. Gilchrist Company*, 362 Mass. 642 (1972).

Il primo schema di ripartizione dell'onere della prova è stato quello tracciato da un caso del 1867, *Cass v. Boston & Lowell R. R.* In piena aderenza al principio per cui il *burden proof* debba sempre seguire il *burden of pleading*, l'onere di provare la *negligence* del *bailee* spetta a chi la allega in giudizio: se ad allegarla era il *bailor* avrebbe dovuto provarne l'esistenza, mentre se ad allegarla era il *bailee* avrebbe dovuto provarne l'inesistenza (163). Questa allocazione degli oneri probatori, tuttavia, poneva dei seri inconvenienti, tutti riconducibili al fatto che la responsabilità del *bailee* per il danno cagionato al *bailor* poteva alternativamente essere ricondotta tanto alla categoria della responsabilità aquiliana, quanto a quella della responsabilità contrattuale. Tuttavia, la ripartizione dell'onere della prova è radicalmente diversa a seconda che il *bailor* agisca *in tort* oppure *in contract*. Nella *tort action*, invero, il *bailor* attore deve necessariamente allegare e provare la *negligence* del *bailee*, in quanto elemento costitutivo della sua domanda. Al contrario, nella *contract action* è sufficiente dimostrare il mancato adempimento da parte del *bailee*, dopodiché spetterà a quest'ultimo fornire la prova di un valido motivo che gli ha impedito di adempiere correttamente a quanto si era obbligato a fare con il contratto (164). In questo modo, peraltro, si finiva per attribuire un ruolo determinante alla «*art of pleading*» e all'astuzia delle parti, specialmente del *bailor*, il quale, agendo sempre *in contract*, avrebbe avuto la certezza di poter profittare di una più favorevole ripartizione dei carichi probatori. Non è un caso, dunque, se nel periodo di pieno vigore della tesi della ripartizione dell'onere della prova di *Cass v. Boston & Lowell R. R.* si verificò praticamente la scomparsa delle azioni *in tort* relativamente ai rapporti di *bailment* (165).

(163) *Cass v. Boston & Lowell R. R.*, 14 Allen. 448 (1867).

(164) Così *Knowles v. Gilchrist Company*, citando *Cass v. Boston & Lowell R. R.*: «*When a plaintiff founds his action upon negligence, or a culpable omission of duty, the burden is upon him to establish it by proofs*»; all'opposto, qualora il *bailor* agisca fondando la sua azione sul titolo contrattuale, «*the defendant bailee had to show an excuse for the for the non-performance of ... its promise; and the burden was upon him ... to establish ... its excuse*».

(165) «*The bailor could place the burden of proving the absence of negligence on the bailee simply by suing in contract and not alleging negligence on the bailee's part*». Si noti che uno dei giudici di *Cass v. Boston & Lowell R. R.* nella sua *dissenting opinion* denunciò proprio il rischio di un abuso di tale situazione da parte del *bailor*, suggerendo di imporgli comunque l'onere della prova dell'esistenza di un profilo

La seconda fase dell'evoluzione della ripartizione degli oneri probatori nei casi di *bailment* si ebbe con *Willett v. Rich*. Volendo porre termine alla situazione cui la precedente giurisprudenza aveva condotto, si stabilì, facendo leva sul principio della *essentiality*, che «la regola principale per ripartire l'onere della prova è quella per cui ogniqualevolta l'esistenza di un fatto sia necessaria alla pretesa di una parte, quest'ultima dovrà sopportarne l'onere probatorio», indipendentemente che si abbia a che fare con una *tort action*, ovvero con una *contract action* (166). Più in particolare, se, rispetto alla *tort action*, è evidente che la *negligence* del convenuto rappresenti un elemento necessario per ottenere il risarcimento del danno, anche nella *contract action*, si dice, dovrebbe comunque essere dimostrata l'esistenza di un non meglio precisato «*want of due care*» da parte del *bailee*, vale a dire l'assenza della sua buona fede contrattuale, al fine poter dire se vi sia stato un *breach of contract* da parte di quest'ultimo. A partire da *Willett v. Rich*, dunque, si può dire che, con riferimento all'allocatione degli oneri probatori, la distinzione tra *tort action* e *contract action* si annulla. In entrambe le ipotesi, cioè, il *bailor* che avesse deciso di agire in giudizio aveva l'onere di provare la *negligence* o il *want of due care* del *bailee*, poiché il profilo soggettivo della responsabilità di quest'ultimo costituiva in entrambi i casi un elemento necessario della sua pretesa.

Nel 1938, con *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.*, si ebbe la terza fase, segnata principalmente da un crescendo di attenzioni verso il principio del *access to evidence* nel tentativo di porre termine ad una situazione di disagio venutasi a creare dopo l'*overruling* della giurisprudenza precedente ad opera di *Willett v. Rich* (167). Scomparsa ogni distinzione tra *tort action* e *contract action* in termini di ripartizione dell'onere della prova, nel caso in cui il *bailee* si fosse limitato ad eccepire in via assolutamente generica la «*impossibility*» della prestazione, il *bailor* veniva a trovarsi in una situazione davvero infelice. Egli, in altre

di colpa del *bailee* anche nelle *actions in contract*. Questa impostazione, come diremo nel testo, è stata poi effettivamente adottata dalla giurisprudenza successiva.

(166) *Willett v. Rich*, 142 Mass. 356: «*the fundamental rule as to the burden of proof is, that, whenever the existence of any fact is necessary in order that a party may make out his case or establish a defence, the burden is on such party to show the existence of such facts*».

(167) *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.*, 301 Mass. 156 (1938).

parole, si vedeva costretto a dover provare la *negligence* o il *want of due care* del *bailee* senza che avesse alcun rilievo la difficoltà di dover fornire la prova di fatti appartenenti alla sfera giuridica di quest'ultimo, il quale, anzi, era evidentemente in una posizione migliore per dimostrare di aver tenuto una condotta irreprensibile. Per questi motivi, a partire da *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.* si stabilì che il *bailor* ben avrebbe potuto fondare una presunzione di colpa del *bailee* una volta dimostrata la consegna dei beni a quest'ultimo e la successiva mancata restituzione degli stessi. In questo modo, quindi, mentre il *bailor* aveva l'onere di allegare in giudizio l'esistenza della *negligence* o del *want of due care* del *bailee*, spettava poi a quest'ultimo il *burden of production*, dovendo egli offrire una *prima facie evidence* idonea a vincere la presunzione di colpa. Il *burden of persuasion*, invece, rimaneva sempre in capo al *bailor* (168).

Si arriva così proprio a *Knowles v. Gilchrist Company*, dove, riallineandosi idealmente alla giurisprudenza di quasi cento anni prima, il giudice, facendo leva sul principio della vicinanza alla prova, ha scelto di tutelare appieno la posizione del *bailor* onerando il *bailee* anche del *burden of persuasion* dell'inesistenza di un profilo di colpa a suo carico, e non più solo del *burden of production*. Si è invero osservato che il risultato consolidato con *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.* sarebbe irrazionale poiché, di fatto, l'imposizione del

(168) Sul punto ci è sembrata molto chiara anche una decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, che ha uniformato la legge federale in tema di ripartizione dell'onere della prova nei casi di *bailment* alla giurisprudenza del Massachusetts. Ci riferiamo a *Commercial Molasses Corp. v. New York Tank Barge Corp.*, 214 U.S. 104 (1941): «*the burden of proving breach of duty or obligation rests upon him who must assert it as the ground of the recovery which he seeks ... since the bailee in general is in a better position than the bailor to know the cause of the loss and to show that it was one not involving the bailee's liability, this lays on him the duty to come forward with the information available to him ... it does not cause the burden of proof to shift, and if the bailee does go forward with evidence enough to raise doubts as to the validity of the inference of negligence on the bailee's part, which the trier of fact is unable to resolve, the bailor does sustain the burden of persuasion which upon the whole evidence remains upon him, where it rested at the start*». Per quanto ci riguarda, e ricollegandoci a quanto dicevamo a proposito dell'incidenza che il principio di vicinanza alla prova possa avere sull'allocatione degli oneri probatori, non possiamo che condividere questa impostazione della Corte Suprema. In altri termini, occorre fare attenzione a non attribuire più importanza del necessario al criterio del *access to evidence*, che resta uno strumento di tecnica processuale diretto ad incidere solamente sul piano dell'economia dell'istruttoria. Se proprio in base ad esso deve avvenire un'inversione dell'onere della prova, non potrà che trattarsi del *burden of production*, e non – o non anche – del *burden of persuasion*.

solo *burden of production* in capo la *bailee* non sarebbe sufficiente ad evitare all'attore la spiacevole situazione di dover poi sopportare un onere probatorio rispetto ad un fatto comunque attinente alla sfera giuridica del convenuto, il quale resta la parte nella migliore posizione per dimostrare il contrario (169).

(169) «*The imposition of such a minimal burden of production on the bailee defeats the rule's basic purpose because the bailee can simply note that a theft or a fire of unknown origin made delivery of the bailed goods impossible and rest his case*». Si noti, a tal proposito, che i giudici di *Knowles v. Gilchrist Company* hanno respinto la soluzione adottata in altri Stati, come l'Alaska, di onerare il *bailee* di un *burden of production* dell'inesistenza della propria *negligence* che sia un po' più stringente di quello normalmente previsto in casi simili, e che, segnatamente, ricomprenda anche l'esercizio di *due care* da parte sua. Come si legge nella decisione, «*a stringent burden of production on the bailee mitigates but does not cure the evil of imposing a burden of proof (of persuasion) on the party who has little or no access to the facts surrounding the loss or damage of the bailed property ... the bailor is placed in the inequitable position of bearing the burden of proof even though he may not access to the information needed to rebut the bailee's affirmative evidence of due care*».

3. *Il ruolo del giudice e l'importanza delle istruzioni alla giuria.* – Orbene, tutto ciò considerato, e con il conforto della migliore dottrina angloamericana, crediamo sia possibile rispondere in questo modo alla domanda dalla quale è partita tutta la nostra indagine. Negli ordinamenti angloamericani non esistono regole certe in materia di ripartizione degli oneri probatori, ma, al contrario, si ricorre volta per volta a *tests* che sono espressione di *social policies* più o meno determinate, che possono variare non solo da caso a caso, ma anche da Stato a Stato e in relazione ad un determinato periodo storico (170). Ma questo non significa, come sosteneva la Corte Suprema del Maine in un passaggio dal sapore malinconico richiamato alla fine del primo capitolo, che la questione della ripartizione dell'onere della prova è «più filosofica che pratica». Significa più propriamente che negli ordinamenti di *common law* si è preso consapevolezza del fatto che quello della ripartizione degli oneri probatori è un problema di *social policies*, e, dunque, un problema così tanto pratico da essere assolutamente inadatto a venire chiuso tra le strette maglie di principi generali e astratti (171).

(170) Oltre a tutta la dottrina già richiamata nel primo capitolo, si sono espressi in questi termini JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 324-325; MCCORMICK, op. cit., 789; CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, 2^a ed., St. Paul 1947, 606-611; WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 276 e ss.; CHAMBERS, *Burden of Proof in Labor Arbitrations*, in *Duke Bar Journal* 1952, vol. III, 2, 129-131; RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 77. In giurisprudenza, si vedano *Ocean County National Bank v. Stillwell*, 123 N.J. Eq. 337 (N.J. 1938) («*in the apportionment of the burden of proof there is no specific formula automatically resolving every case*»), dovendo piuttosto fare riferimento a ragioni di *policy* e di *fairness*), e, soprattutto, il già citato *Knowles v. Gilchrist Company*, dove i giudici hanno giustificato la propria intenzione di volersi discostare dalla ripartizione dell'onere della prova della *negligence* del *bailee* adottata dalla precedente giurisprudenza, ritenuta eccessivamente sfavorevole al *bailor*, affermando letteralmente che «*instead, we must determine upon sound policy grounds how to allocate the burden of proof fairly*» (enfasi nostra).

(171) Su questo punto, WIGMORE, op. cit., vol. IX, 278, non solo afferma in termini perentori che non esiste alcun principio generale idoneo a risolvere la problematica della ripartizione dell'onere della prova, ma che addirittura sarebbe inutile sforzarsi di forgiarne uno poiché «*the logic of the situation does not demand such a test*». Invero, «*esistono solamente regole specifiche per determinate fattispecie, le quali si basano in ultima istanza su regole di esperienza e di equità*» («*there are merely specific rules for specific classes of cases, resting for their ultimate basis upon broad reasons of experience and fairness*»). Conformemente si vedano poi i contributi di MCCORMICK, op. cit., 789, ove si sostiene che «*there is no key principle governing the appointment of the burdens of proof ... their allocation, either initially or ultimately, will depend upon the weight that is given to any or more of several*

In questo senso, e ricollegandoci a quanto dicevamo già all'inizio del presente lavoro, la ripartizione dell'onere della prova diviene lo strumento attraverso il quale è possibile compiere nel processo alcune scelte di *social policy* e giustizia sociale non solo rispetto alle norme di diritto processuale applicabili al caso concreto, bensì anche con riferimento alle norme di diritto sostanziale (172).

A volte l'imposizione dell'onere della prova può essere un'utile via per dissuadere una delle parti dal compiere un'attività difensiva che viene guardata con disfavore. Così, volendo fare un esempio, in tempi più remoti spettava quasi sempre all'attore allegare e provare in giudizio l'assenza della propria *contributory negligence*, mentre oggi, nella maggior parte degli Stati, si impone al convenuto l'onere di provare l'esistenza di un concorso di colpa dell'attore, pur continuando ad esservi una certa divergenza in merito a chi debba sopportarne l'onere di allegazione. Questo cambio di rotta, come si è osservato in dottrina, è stato probabilmente una risposta della giurisprudenza all'atteggiamento dei convenuti nei casi di *negligence*, i quali con fin troppa superficialità solevano eccepire il concorso di colpa degli attori in maniera assolutamente pretestuosa, al solo fine, vale a dire, di complicare il loro onere probatorio, senza che vi fosse alcuna effettiva base per giustificare un'eccezione di questo tipo (173). Lo stesso è avvenuto, poi, per l'inversione dell'onere

*factors, including: (1) the natural tendency to place the burdens on the party desiring the change, (2) special policy considerations such as those disfavoring certain defenses, (3) convenience, (4) fairness», e di CLARK, op. cit., 610, secondo il quale tanto le regole che governano il *burden of pleading*, quanto quelle che governano il *burden of proof*, sarebbero entrambe «manifestations, usually consistent, of substantially identical views of policy held by the court with regard to particular matters» (enfasi nostra). Inoltre, in uno scritto anonimo, apparso nella sezione «Notes» della *Columbia Law Review* 1946, vol. XLVI, 802 e ss., intitolato *Burden of Proof of Excepted Causes in Insurance Policies*, si afferma molto chiaramente che «the incidence of the burden should be, and probably in many cases really is, determined for specific classes of cases in the light of experience and consideration of policy and fairness to the parties».*

(172) Che l'onere della prova possa essere visto come uno strumento per raggiungere certi fini del tipo di quelli che diciamo nel testo, è stato sostenuto fra gli altri da JAMES, HAZARD, op. cit., 324-325: «substantive considerations may also be influential. For real or supposed reasons of policy the law sometimes disfavors claims and defenses which it nevertheless allows ... where that is the case, procedural devices like burden of proof are often used as handicaps ... against the disfavored contention» (corsivo nostro). Nell' stesso senso, si veda LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, cit., 21 e ss., («some courts expressly acknowledge that policy concerns impel their burden allocation, taking their cue from legislative expression of policy or from their own views of the equities at stake»).

(173) JAMES, HAZARD, op. cit., 324-325.

della prova nei casi di diffamazione, dove prima spettava al convenuto dimostrare la verità delle opinioni espresse, per l'eccezione del presunto difetto del «*right to sue*» dell'attore, nonché per la generalissima difesa di *nihil debet* nelle azioni di pagamento (174).

In particolare, rispetto all'eccezione di «*right to sue*» dell'attore, a volte chiamata anche come eccezione di «*no cause of action*», ci sembra esemplare una decisione della Corte di Appello della Louisiana, *Ferguson v. Smill*, poi confermata anche dalla Corte Suprema, che ha applicato la giurisprudenza ottocentesca in tema di locazione di schiavi ad una lite avente ad oggetto la locazione di un immobile, e lo ha fatto al fine di porre termine ad un abuso di questo tipo di eccezione da parte dei conduttori.

In quell'occasione il locatore agiva in giudizio contro il conduttore al fine di ottenere il risarcimento del danno asseritamente cagionato da quest'ultimo all'immobile locato. Prima di tale pronuncia, la prassi della giurisprudenza della Louisiana rispetto alla ripartizione dell'onere della prova in questo genere di casi era in linea con quella degli altri casi di *negligence*, e l'onere di dimostrare la colpa del conduttore incombeva sempre al locatore. Tuttavia, con l'evoluzione del settore immobiliare e lo sviluppo economico della società nel suo complesso, capitava sempre più spesso che a locare l'immobile non fosse più un privato, ma una società appositamente creata per gestire a livello professionale tutta una serie di rapporti contrattuali di questo genere. Tale accentramento in capo ad un unico soggetto della gestione di più rapporti di locazioni immobiliari, tra le altre cose, rese via via sempre più saltuari gli effettivi controlli sull'attività dei conduttori e sullo stato dell'immobile, il che finì per avere delle ripercussioni sul tema della ripartizione degli oneri

(174) Sull'evoluzione dell'onere della prova nei casi di diffamazione si veda CLARK, op. cit., 609-610. Sulla difesa di *nihil debet*, invece, rimandiamo a quanto già detto alle pagine 79 e 80, specialmente alla nota 104. Si consideri, poi, che l'imposizione dell'onere della prova come strumento per dissuadere un certo soggetto dal tenere un determinato contegno processuale si è avuto anche in *Travelers Ins. Co. v. Drumbeller*, già citata precedentemente alla nota 153, quando abbiamo parlato della ripartizione dell'onere della prova nei giudizi di accertamento negativo. In quell'occasione, come si ricorderà, si è stabilito espressamente che l'onere della prova dell'inesistenza dei fatti costitutivi dedotti in giudizio deve essere posto in capo a chi agisce in accertamento negativo poiché, altrimenti, egli finirebbe per godere dei vantaggi tipici dell'attore, tra i quali la scelta del foro, senza peraltro farsi carico dei rischi e dei costi che vi sono connessi, tra cui proprio l'onere della prova.

probatori. Invero, posto che, a causa degli accertamenti sempre meno frequenti, diveniva più difficile per i locatori accertare tempestivamente le responsabilità dei conduttori, la prova della colpa di questi ultimi assunse effettivamente una natura *diabolica*, e la maggior parte delle volte il locatore finiva per perdere la lite in base alla regola di giudizio dell'onere della prova, non riuscendo a dimostrare la colpa del conduttore. Per questo motivo, i locatori che agivano in giudizio iniziarono a non allegare più la colpa del conduttore, posto che comunque non sarebbero poi riusciti a provarla in giudizio, limitandosi a lamentare di aver subito un danno. La risposta dei conduttori fu, naturalmente, quella di eccepire con un successo sempre crescente il difetto di *cause of action*, considerato che la domanda risarcitoria difettava di un suo elemento costitutivo, vale a dire la colpa del danneggiante. In questo scenario, al fine di impedire che la crescita del mercato delle locazioni immobiliari rallentasse a causa del fondato timore dei locatori di non poter ottenere il risarcimento del danno qualora, al termine della locazione, il conduttore avesse restituito il bene locato danneggiato, in *Ferguson v. Smill* si stabilì che, in considerazione del principio della vicinanza alla prova, l'onere di dimostrare la propria assenza di colpa dovesse essere posto in capo al conduttore tutte le volte in cui per il locatore diventava troppo difficile, o comunque eccessivamente oneroso, svolgere un pieno controllo sulla sua attività (175). Si tratta delle stesse ragioni che circa un secolo prima, nel medesimo Stato, portarono ad una inversione dell'onere della prova rispetto alla colpa del conduttore nella locazione di schiavi, qualora al termine della locazione il conduttore il avesse restituiti feriti (176).

(175) «*While, therefore, it is quite true that tenants are not liable except for loss resulting from their negligence, it is quite obvious that the burden of absolving themselves should be placed upon them ... In other words, if a tenant seeks to avoid responsibility for the value of some missing part of the leased building, he must show that it was not his negligence that caused the loss*»: tutto ciò che il locatore deve fare è dimostrare di aver subito un danno, dopodiché sarà il conduttore a dover dimostrare la sua assenza di colpa («*all a lessor need do is to show the loss and at once there is thrown on the tenant the necessity to explain*»). I riferimenti completi della decisione è *Ferguson v. Smill*, 183 So. 600 (La. Ct. App. 1938).

(176) Tra le decisioni citate in *Ferguson v. Smill*, quella più autorevole sembra essere *Ford v. Simmons*, 13 La. Ann. 397. In quel caso, oltre ad una generale petizione del principio del *access to evidence* («*the burden of proof is on him who has to support his case by a fact of which he is supposed to be most cognizant, and the evidence of which is more within his power than that of his opponents*»), si è affermato espressamente che una volta che il locatore abbia dimostrato la consegna degli schiavi al conduttore, sarà poi quest'ultimo a dover dimostrare l'assenza di una sua colpa nel ragionamento

Altre volte, più concretamente, ciò che il giudice vuole ottenere mediante una determinata ripartizione dell'onere della prova è una vera e propria modifica della legge sostanziale, ritenuta inattuale o, comunque, del tutto scollegata da quelle che sono le effettive *social policies* del contesto storico e sociale di riferimento. Come abbiamo visto, è questo il fondamento della dottrina delle *stop-gap rules*, che mira a raggiungere decisioni «giuste» nel caso concreto («*particular justice policy*») (177). Dobbiamo ora completare il discorso che avevamo iniziato, andando ad esaminare in che modo è possibile, per il giudice, compiere delle modifiche alla legge sostanziale attraverso una determinata ripartizione dell'onere della prova. Si tratta, naturalmente, di uno dei risvolti pratici più pregnanti della ripartizione degli oneri probatori negli ordinamenti di *common law*, poiché, crediamo, permette di comprendere davvero cosa si vuole dire quando si parla del diritto di *common law* come di un diritto di natura giurisprudenziale, ossia come un sistema di *judicial legislation*.

In questo senso, pensiamo si possa affermare con una certa sicurezza che l'unico modo attraverso il quale è possibile, per il giudice, modificare la legge sostanziale, è quello di creare una nuova presunzione prima non prevista dalla legge, ovvero modificarne una già esistente (178). In altri termini, è sicuramente corretto dire che l'effetto tipico delle

del danno ad uno di essi («*the lessee must exonerate himself from liability for the slave killed while in his possession*»). Non solo, ma approfondendo il discorso in un modo veramente apprezzabile da un punto di vista tecnico, si giunge a sostenere che l'onere della prova che viene posto in capo al conduttore è solamente il *burden of production*, e non anche il *burden of persuasion*: «*if he show facts creating a reasonable presumption that no fault is imputable to him, he is not liable*». In *Ferguson v. Smill*, invece, non è dato sapere con certezza a quale onere della prova la Corte faccia riferimento, ma a nostro avviso, come abbiamo già avuto modo di vedere, il principio della vicinanza alla prova dovrebbe essere idoneo ad influenzare solamente la ripartizione del *burden of production*.

(177) Su questo punto ci limitiamo a qui ribadire nuovamente, con ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, cit., 125, che è solamente attraverso il fenomeno della ripartizione dell'onere della prova, oltre che attraverso quello delle presunzioni, che la legge sostanziale «*gets into recognized existence*», mentre, per ulteriori riferimenti, rinviamo a quanto diremo a breve nel testo e nelle note. Sulla dottrina delle *stop-gap rules*, invece, abbiamo già avuto modo di soffermarci diffusamente nel primo capitolo, alle pagine 24 e seguenti, e specialmente alla nota 30.

(178) Così THAYER, «*Law and Fact*» in *Jury Trials*, cit., 166, secondo il quale la modifica della legge sostanziale da parte del giudice «*has been done very extensively by laying down rules of presumption*». Si specifica poi che in questo modo il giudice, in ogni decisione, non deciderebbe solamente le singole questioni di fatto relative al caso concreto, ma, al contrario, disegnerebbe in

presunzioni legali relative è quello di invertire l'onere probatorio rispetto ad un certo fatto giuridico. In questo modo, come si sa, la parte favorita dalla presunzione potrà limitarsi ad allegare il fatto cui la stessa si riferisce, mentre spetterà poi alla controparte vincere tale presunzione sfavorevole con una prova contraria. Ma a tale scenario equivale, *quod effectum*, quello specularmente opposto in cui l'inversione dell'onere della prova viene fatta direttamente dal giudice, in assenza di un'apposita norma legislativa a riguardo. In questo modo, attraverso un'inversione dell'onere della prova viene creata indirettamente una nuova presunzione, andando così ad incidere sul piano della legge sostanziale (179). Una

via indiretta anche il modello della fattispecie astratta cui il caso concreto è sussumibile (*«the act of creating such a rule ... involves a decision by the judges, not merely of the single question of fact in the case in hand, but, thereafter, of the whole class of such questions»*). Similmente, in ID., *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 156, si afferma che *«the law ... is always growing in this way, through judicial determinations»*, in quanto *«the application of the ultimate rule of the substantive law has to be made by reasoning; and this process is forever discovering the identity, for legal and practical purposes, of one state of things with some others»*. È possibile chiarificare meglio questi passaggi riprendendo il caso di *Summers v. Tice*, dove, come si ricorderà, il giudice ha optato per un'inversione dell'onere della prova rispetto alla colpa dei danneggianti poiché, altrimenti, l'attore avrebbe dovuto confrontarsi con un onere probatorio estremamente difficile, rischiando alla fine di rimanere privo di tutela. Senza alcun dubbio, dunque, possiamo concordare sul fatto che in quell'occasione è stata creata una nuova presunzione, grazie alla quale l'attore ha beneficiato di una ripartizione dell'onere probatorio più favorevole. Tuttavia, aderendo al discorso di Thayer, dobbiamo ora precisare che il giudice di *Summers v. Tice* non si è limitato a invertire l'onere della prova della colpa del convenuto solamente rispetto ai casi in cui il danno sia stato cagionato mediante armi da fuoco, bensì, più in generale, rispetto alla fattispecie astratta cui anche quel caso poteva essere sussunto: vale a dire quella in cui l'onere probatorio dell'attore risulti essere eccessivamente oneroso a causa della presenza di due o più danneggianti, in concorso tra loro o meno. La dimostrazione di quanto affermiamo sembrerebbe potersi ricavare proprio dal fatto che la ripartizione dell'onere della prova tracciata in *Summers v. Tice* è stata poi applicata anche in *Peters v. City of San Francisco*, 41 Cal.2d 419 (1953), relativamente al danno derivante dalla cattiva manutenzione di un marciapiede, e in *Hilyar v. Union Ice Co.*, 45 Cal.2d (1955), in cui si discuteva della collisione tra un furgoncino dei gelati e alcuni bambini.

(179) Come è stato osservato, nella quasi totalità dei casi i giudici sembrano essere riluttanti ad esprimersi chiaramente nel senso che, attraverso la creazione di una nuova presunzione, ovvero la modificazione di una presunzione esistente, si sta effettivamente modificando la legge sostanziale, preferendo piuttosto dire che ci si sta limitando ad «amministrare la giustizia». Così THAYER, *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 149: *«the courts have, perhaps, seemed to themselves to abstain from legislation, and to keeping within the region of mere administration of the existing law, by the expedient of making the rule a prima facie one ... and yet it is clear that this is true legislation»*. A volte, tuttavia, capita di imbattersi in decisioni in cui si legge espressamente che si è scelto di creare e di applicare una nuova norma di diritto sostanziale, mediante la quale si vuole superare il diritto positivo perché considerato come non più aderente a quelle che sono le effettive *social policies* della collettività di riferimento. È questo quanto avvenuto, ad esempio, in un famoso

decisione di questo tipo, naturalmente, sarà dapprima solo un precedente, e potrà essere o meno seguita dalle decisioni successive in fattispecie analoghe. Eventualmente, poi, il consolidamento di tale nuova presunzione nella giurisprudenza potrà essere ratificato dal legislatore, diventando una vera e propria norma di diritto positivo, ed è a questo punto che il procedimento di *judicial legislation* potrà ritenersi perfezionato.

È stato questo il caso, ad esempio, della regola presuntiva per cui una persona deve considerarsi morta fino a prova contraria quando è sparita e non se ne sono avute più notizie per un periodo di tempo determinato. Si tratta oggi di una regola di diritto positivo, prevista in ogni singolo Stato federato, in Inghilterra e anche negli ordinamenti

caso deciso dalla House of Lords nel 1881, *Dalton v. Angus & Co.*, 6 App. Cas. 740, UKHL (1881), a proposito della precisa individuazione del tempo necessario per usucapire il c.d. «*right to support from the adjoining soils*». Se interpretiamo correttamente il testo della decisione, si tratta di un diritto reale su bene altrui, che noi non esiteremmo a classificare come una servitù, spettante a chi voglia edificare sul proprio fondo quando, per la stabilità della costruzione, si renda necessario installare un sostegno sul fondo confinante. In *Dalton v. Angus & Co.* la House of Lords stabilì fra le altre cose che, ai fini della usucapione («*prescription*»), tale diritto poteva ritenersi usucapito attraverso il suo pacifico esercizio per un periodo ventennale; o, meglio, si stabilì che dopo venti anni la legittimità di tale diritto poteva ritenersi presunta fino a prova contraria («*presumption of grants*»). Tuttavia, come apprendiamo dalla dotta *opinion* di Lord Blackburn, si trattava di un termine di creazione giurisprudenziale, posto che l'ultimo intervento legislativo in materia era lo *Statute of Westminster* del 1275, il quale fissava il termine per l'usucapione delle *real actions* in 86 anni, termine che poi, nella prassi, si è allungato fino a diventare «*as long as ... it is the time whereof there is no memory of man to the contrary*». Durante la discussione del caso emerse che una riduzione del termine per usucapire tale tipologia di diritti reali si rendeva necessaria in conseguenza dello sviluppo urbanistico dell'Inghilterra dell'epoca vittoriana, che imponeva che le situazioni dubbie relative alla titolarità dei diritti reali su beni immobili si stabilizzassero nel minor tempo possibile. La possibilità di ridurre direttamente il termine, anticipando un eventuale intervento del legislatore, fu criticata da alcuni Lords poiché ci si sarebbe così macchiati di un'autentica «*usurpazione*» del potere legislativo («*to shorten the period of prescription without the authority of the Legislature was a great judicial usurpation*»). Secondo l'opinione di Lord Blackburn invece, che fu poi seguita dalla House of Lords, se è vero che una nuova regola sostanziale, nata attraverso una serie di precedenti giurisprudenziali, all'inizio potrà sembrare «*a blunder, and inconvenient*», occorre anche tenere in considerazione che *communis error facit ius*. Non solo, ma rifiutarsi di riconoscere lo *status* di vere e proprie regole giuridiche alle norme tracciate dalla giurisprudenza sul presupposto che, pur producendo risultati effettivamente positivi, si tratterebbe di una sorta di «*fiction law*», sembrerebbe essere allo stesso modo una «*usurpation of the function of the Legislature*». Questo perché, naturalmente, la priorità principale della legge è quella di essere conforme alle *social conveniences* di un determinato contesto sociale; e se il legislatore tarda ad intervenire direttamente, deve necessariamente sopperire la giurisprudenza mediante la *judicial legislation*.

di *civil law*. Negli Stati Uniti e in Inghilterra, di regola, il periodo di assenza necessario per presumere la morte di una persona è di sette anni, salvo alcuni Stati, come il Minnesota e la Georgia, dove si ritiene sufficiente un termine di quattro anni (180). Ma come è stato evidenziato da chi in dottrina ha ricostruito l'evoluzione storica di queste norme, la regola per cui è possibile presumere la morte di una persona dopo che sia passato un determinato periodo di tempo da quando se ne è avuta l'ultima notizia inizialmente è nata come presunzione giurisprudenziale, venendo poi ratificata dal legislatore (181).

A livello di diritto positivo, in realtà, delle regole concettualmente simili a quella che stiamo prendendo ora in considerazione esistevano già da parecchio tempo prima che essa venisse forgiata in via generale dai giudici inglesi. Così, ad esempio, nel *Bigamy Act* di Giacomo I d'Inghilterra, risalente al 1603, con il quale si introdusse il reato di bigamia, si stabilì espressamente che due categorie di soggetti non avrebbero potuto essere perseguiti per tale reato: chi si fosse sposato una seconda volta dopo che il coniuge fosse rimasto «*beyond the seas*» per un periodo di tempo di sette anni, ovvero chi si fosse sposato una seconda volta dopo che il coniuge fosse comunque rimasto assente per lo stesso periodo di tempo, senza che se ne sia avuta più notizia (182). Allo stesso modo, in un testo legislativo del 1667 relativo alla gestione della proprietà e dei rapporti locatizi di coloro

(180) A titolo esemplificativo, come Stato in cui è previsto un termine di sette anni è possibile fare riferimento al Texas, ove il §133.001 del *Texas Civil Practice & Remedies Code* stabilisce che «*Any person absenting himself for seven successive years shall be presumed dead unless it is proved that the person was alive within the seven-year period*». Il §53.9.1 del *Georgia Code*, invece, stabilisce che «*A domiciliary of this state who has been missing from the last known place of domicile for a continuous period of four years shall be presumed to have died; provided, however, that such presumption of death may be rebutted by proofs*». Da noi, poi, l'art. 58, cod. civ., stabilisce che può essere dichiarata la morte presunta dopo dieci anni da quando risale l'ultima notizia dell'assente.

(181) THAYER, op. cit., 151 e ss. Su tutti questi punti, peraltro si consideri quanto sostenuto in ID., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 327: «*in this way*», vale a dire attraverso il processo di *judicial legislation*, «*through rules of presumptions, vast sections of our law have accumulated*».

(182) Così testualmente la *Section I* del *Bigamy Act* del 1603: «*Provided always, that neither this Act, nor anything therein contained, shall extend to any person or persons whose husband or wife shall be continually remaining beyond the seas by the space of seven years together, or whose husband or wife shall absent him or herself the one from the other by the space of seven years together, in any parts within his Majesties Dominions, the one of them not knowing the other to be living within that times*».

che, per motivi professionali, avrebbero dovuto andare per i canonici sette anni «al di là dei mari», ovvero di chi fosse sparito per sette anni senza dare nessuna notizia di sé, si stabilì che nel caso in cui si rendeva necessario instaurare un'azione relativa alle sue proprietà egli poteva essere considerato come «*naturally dead*» fino a prova contraria (183).

Nella giurisprudenza anglosassone, a parte qualche caso di *equity*, la prima decisione in assoluto in cui nella Court of King's Bench si iniziò a parlare in generale di una presunzione di morte in caso di un'assenza durata più di sette anni, anche al di fuori dei casi tipici previsti dalla legge, è *Doe d. George v. Jesson*, risalente al 1805. In una *action of ejectment* diretta a recuperare il possesso di un fondo, si pose come questione preliminare quella di stabilire la morte del fratello di una delle parti, questione rispetto alla quale la giuria fu istruita nel senso di stabilire la data della morte nel modo più preciso possibile, considerando che, comunque, dopo sette anni di assenza, avrebbe dovuto presumersi morto (184). Successivamente, nel 1809, in *Hopewell v. De Pinna*, dovendosi stabilire se il marito della convenuta fosse ancora in vita o meno, essendo partito per la Jamaica da ormai dodici anni senza dare più alcuna notizia di sé, nonostante la convenuta osservò che avrebbe dovuto presumersi come vivo, la corte stabilì che bisognava fornire l'*evidence* della sua attuale esistenza, dovendo al contrario presumersi la sua morte in seguito ad un'assenza durata più di sette anni (185). Lo stesso si verificò, infine, nella Pennsylvania, in *Burr v. Sim* (186). A questo punto il procedimento di *judicial legislation* era quasi giunto al termine. La regola di matrice giurisprudenziale per cui la morte di un soggetto doveva ritenersi presunta dopo che fossero trascorsi più di sette anni da quando se ne fosse avuta l'ultima notizia iniziò a comparire dapprima nelle opere dedicate dalla dottrina inglese ed americana alla *law of evidence*, e, successivamente, nei testi legislativi dei vari Stati.

Non basta. In effetti, l'intrinseca flessibilità della ripartizione dell'onere della prova permette di perseguire anche i fini più vari. Così, come abbiamo visto, nell'Inghilterra

(183) THAYER, op. cit., 152 e ss.

(184) I riferimenti completi della decisione sono *Doe d. George v. Jesson*, 6 East. 80 (1805), ed è citata da THAYER, op. cit., 151.

(185) *Hopewell v. De Pinna*, 2 Camp. 113 (1809).

(186) *Burr v. Sim*, 4 Whart. 150 (1839).

ottocentesca un'inversione dell'onere della prova nelle azioni di *nuisance* contribuì in maniera certamente rilevante allo sviluppo industriale del territorio, rendendo più aderente la legge sostanziale al nuovo contesto economico e sociale di riferimento. Ancora, una parte della dottrina ha indagato sulla ripartizione dell'onere della prova nei giudizi promossi dalla *Food and Drug Administration*, l'ente preposto a tutela dei consumatori, contro i colossi del mercato degli integratori alimentari, alla luce di un recente intervento legislativo da parte del Congresso americano. Ne è emerso che attualmente, nella maggior parte delle giurisdizioni degli Stati Uniti, si finisce irragionevolmente per onerare l'ente pubblico della prova della non genuinità di tali prodotti. L'irragionevolezza di questa allocazione del *burden of proof* deriverebbe dal fatto che per l'ente pubblico sarebbe troppo difficile fornire la prova della non genuinità degli integratori alimentari, posto che, di norma, esso non avrebbe accesso immediato a tutti gli studi e a tutte le analisi sull'integrità dei prodotti, che il più delle volte vengono svolte proprio nei laboratori e nelle sedi dei produttori. Spesso, tuttavia, i resoconti di quegli studi e di quelle analisi sono anche l'unica *evidence* che è possibile offrire al giudice e ai giurati per dimostrare la genuinità o la non genuinità degli integratori alimentari (187). Peraltro, come ben viene messo in luce, una ripartizione dell'onere della prova di questo tipo sarebbe tutt'altro che irragionevole, indicando anzi abbastanza chiaramente l'orientamento del Congresso rispetto al bilanciamento tra gli interessi dei consumatori e le prerogative economico-commerciali delle *lobbies* degli integratori alimentari, considerato l'elevato numero di cittadini americani che sembrerebbe fare uso di questi prodotti e, dunque, l'importanza di tale mercato (188).

Infine, e più in generale, una parte sempre maggiore della dottrina e della giurisprudenza guarda alla ripartizione dell'onere della prova dall'angolo visuale della

(187) WAIS, *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review* 2005, vol. XXVIII, 3, 849 e ss.: «*unfortunately, the FDA must assess the risk of a particular dietary supplement without having the benefit of clinical studies about the dietary supplement's safety or efficacy performed by the supplement's manufacturers*».

(188) WAIS, op. cit., 850-852.

prospettiva economica del processo. In altre parole, si è proposto di adottare una ripartizione del *burden of proof* che sia più sensibile alle tematiche della riduzione dei costi economici e sociali insiti nel processo, rivalutando tra tutti i criteri sopra esaminati soprattutto quello della vicinanza alla prova (189). Rispetto alla ripartizione dell'onere della prova della conformità dei beni nella *sales law*, ad esempio, imporre il *burden of proof* alla parte che è nel possesso dei beni compravenduti sarebbe una soluzione efficiente dal punto di vista economico poiché l'onere funzionerebbe qui come un incentivo a svolgere tempestivamente tutti i controlli e tutte le perizie sullo stato dei beni consegnati, in modo da ottenere una «*cost-effective evidences*» (190). Ma le stesse considerazioni sembrerebbero valere anche rispetto ad almeno altre due ipotesi. Ci riferiamo a tutti i casi in cui è applicabile la massima *res ipsa loquitur*, nonché alla prova della violazione del *copyright*. Per quanto riguarda i primi, sarebbe quella stessa massima ad operare un'inversione dell'onere probatorio per riequilibrare le posizioni asimmetriche delle parti rispetto alla prova di un determinato fatto e ai costi necessari per procurarsela. Così, volendo fare un esempio, nei casi di *malpractice* medica sarà senz'altro più ragionevole da un punto di vista economico, perché meno costoso, onerare della prova dall'assenza di *negligence* il medico convenuto,

(189) Questa idea di «*cost minimization*» è ben espressa da LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, cit., 3 e ss., e da HAY, *Allocating the Burden of Proof*, cit., 654 e ss. Sulle implicazioni di una prospettiva economica della ripartizione dell'onere della prova si vedano poi i contributi di LANDES, *An Economic Analysis of the Courts*, in *Journal of Law and Economics* 1971, vol. XIV, 1, 61-107, e di POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, cit., 399 e ss. Sul ruolo centrale che in tale ottica viene ad assumere il criterio della vicinanza alla prova, che, tra tutti quelli esaminati, è quello certamente più vicino a tali considerazioni di economia processuale, si confronti invece il saggio di KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, cit., 142 e ss., il quale, con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova della conformità dei beni venduti, ha affermato che «*the "access-to-evidence" rationale ... can be defended of efficiency grounds ... if one party as superior access to evidence, that party can more cheaply provide that evidence*», ponendo molta enfasi sull'incidenza dei costi del processo rispetto all'economia di parte: «*given that contractual parties share the goal of maximizing the joint value of their contract at the time of formation, they have an interest at the time of formation in cost-effectively increasing the likelihood that all breaches will be remedied with optimal compensation*». Conformemente, HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, cit., 419.

(190) Questa nozione di «prova economicamente efficiente» è di KRAUS, op. cit., 146-147: «*given the parties' goal of efficiently minimizing the costs of accurate adjudication, they might use the allocation of the burden of proof to create an incentive for the party best able to produce cost-effective evidence to do so*».

piuttosto che onerare il paziente a dimostrare il contrario. Spesso, infatti, i pazienti sono anestetizzati, o comunque parzialmente incoscienti di ciò che accade in sala operatoria, mentre i medici, al contrario, durante l'intervento raccolgono un notevole quantitativo di *evidence*, come la compilazione della cartella clinica o la registrazione video dell'operazione. Allo stesso modo, la *copyright law* statunitense consente all'autore che lamenti la violazione di una propria opera intellettuale di agire in giudizio solamente fornendo la *prima facie evidence* di una «*similarity*» con l'opera del presunto contraffattore, essendo poi più agevole, ossia meno costoso, per quest'ultimo dimostrare che la propria opera non costituisce affatto violazione di quella protetta da *copyright* (191).

Oltre al principio del *access to evidence*, anche il criterio tradizionale e la dottrina delle negative sono stati considerati razionali dal punto di vista dell'economia del giudizio. Per comprendere il discorso relativo alla efficienza economica del criterio tradizionale, occorre considerare che quando una domanda viene accolta, oltre ai costi del processo principale spesso si aggiungono altri costi accessori, tra i quali spiccano per rilevanza quelli relativi ad eventuali procedimenti esecutivi. In questo senso, onerare della prova parte attrice significa che nei casi dubbi la domanda sarà respinta, e, così facendo, verranno risparmiate le risorse che andrebbero altrimenti spese per sostenere tutti quei «*post-judgement direct costs*». Per quanto riguarda la dottrina delle negative, invece, si sostiene che sarebbe più ragionevole onerare della prova la parte che formula la propria proposizione fattuale in senso positivo poiché, in linea di massima, l'allegazione positiva è più circoscritta, o più precisa, e quindi anche la relativa prova non potrà che beneficiarne in termini di costi (192).

Naturalmente, la diretta conseguenza di questa centralità della ripartizione dell'onere della prova non potrà che essere quella di aumentare proporzionalmente l'importanza del mezzo attraverso il quale il giudice può influenzare concretamente l'allocazione del *burden of proof*, modulandola per raggiungere lo scopo che si vuole perseguire. Per quanto riguarda il *burden of production*, come abbiamo visto, al giudice

(191) *Gaste v. Kaiserman*, 863 F.2d 1061(1988).

(192) Su tutti questi punti si veda LEE, op. cit., 9-15.

competono due poteri, entrambi diretti verso le parti: il potere di intervenire già nella preliminare fase dei *pleadings*, operando così indirettamente sulla ripartizione dell'onere della prova; e un vero e proprio potere diretto, esercitabile dopo i *pleadings*, attraverso il quale è possibile specificare alle parti chi dovrà fornire per prima le prove di un certo fatto giuridico. Resta ora da chiudere il cerchio, esaminando quale sia il potere attraverso il quale il giudice può operare sulla ripartizione del *burden of persuasion*. Si tratta, come abbiamo avuto modo di accennare più volte nel corso del nostro lavoro, del potere di istruire i giurati sull'*evidence* presentata dalle parti, il c.d. «*sum up*», o «*charge to the jury*», disciplinato, per quanto riguarda l'ordinamento degli Stati Uniti, dalla Rule 51 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (193).

In generale, si può dire che il giudice utilizza questo potere qualora ritenga che entrambe le parti abbiano assolto il proprio *burden of production* e che, quindi, vi sia un quantitativo di *evidence* sufficiente per giustificare il giudizio di fatto davanti alla giuria. La funzione principale delle istruzioni ai giurati è quella di chiarire loro quali sono i *facts in issue*, qual è la legge applicabile, quali sono i mezzi di prova presentati dalle parti, qual è lo *standard of proof* adottabile nel caso concreto e, soprattutto, che tipo di contenuto dovrà avere il verdetto nel caso in cui non si dovesse raggiungere un pieno convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti di causa (194). Si ritiene anche che il giudice possa esprimere la propria opinione («*comments*») intorno al «peso persuasivo» dell'*evidence* portata dalle parti, suggerendo che tipo di inferenze sia possibile trarne, specificando peraltro che,

(193) Nel contributo più classico su questo argomento, BLASHFIELD, *Instructions to Juries. Civil and Criminal Cases*, 2^a ed., Chicago 1916, vol. I, 3 e ss., le istruzioni del giudice ai giurati vengono così definite: «*announcement to the jury of rules of law to be applied to the facts found*». Si confronti anche la giurisprudenza ivi richiamata. In generale, sul potere del giudice di istruire i giurati si vedano in dottrina JAMES, HAZARD, op. cit., 357 e ss., BLUME, *American Civil Procedure*, cit., 136 e ss., e MAYERS, *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, cit.,

(194) BLASHFIELD, op. cit., vol. III, 5, sottolinea chiaramente che «lo scopo delle istruzioni è quello di fare chiarezza ai giurati, permettendo loro di svolgere il giudizio di fatto» («*the purpose of instructions is to enlighten the jury, and to submit the questions of fact for their determination*»). In particolare, è importante fare chiarezza sugli *issues of fact* poiché sarebbe fonte di grande confusione lasciare che siano i giurati in autonomia a individuarli; del resto, «*even judges, whose lives have been devoted to a study of the law, frequently find some difficulty in defining the issues*».

comunque, ogni valutazione sulla persuasività della prova spetterà in ultima istanza ai giurati stessi, in quanto giudici del fatto (195).

Una volta ricevute le istruzioni, la giuria si ritirerà nel segreto della *jury room* per l'analisi dell'*evidence* delle parti e la formulazione del giudizio di fatto, cui seguirà la pronuncia del verdetto. Se il verdetto non dovesse essere conforme alle istruzioni date dal giudice, ovvero se apparisse *ictu oculi* essere stato formulato in spregio alle prove presentate (196), quest'ultimo, su istanza di parte, potrà disporre un nuovo *trial*, così come prevede la Rule 59 delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Inoltre, dopo che il giudice ha formulato le proprie istruzioni e prima che i *jurors* si ritirino per deliberare, le parti hanno il diritto di sollevare obiezioni, anche qualora non siano d'accordo con il giudice sulla ripartizione del *burden of persuasion*, domandando che vengano messe a verbale le ragioni della loro *objection* (197).

Ai fini del nostro lavoro, naturalmente, la parte della formula delle istruzioni che suscita più interesse è quella che fa riferimento al contenuto che dovrà assumere il verdetto nel caso in cui non si dovesse raggiungere un pieno convincimento sull'esistenza o sull'inesistenza dei fatti di causa. Come è evidente, ciò equivale a specificare il contenuto

(195) Così JAMES, HAZARD, op. cit., 358-360 («*moreover, they may also comment on the weight of the evidence and indicate their own opinion concerning the credibility of witnesses ... provided always they make it clear to the jury that it is the jury's province to decide such questions of weight and credibility*»). Il giudice, inoltre, ha la possibilità di vincolare la giuria mediante delle «istruzioni vincolanti» («*binding instructions*») rispetto ad una determinata tipologia di fatti, che vincoleranno i giurati su quanto affermato dal giudice. È questo il caso, ad esempio, dell'interpretazione dei documenti («*construction of documents*»), tradizionalmente considerata come un *matter of law*, di competenza del giudice togato. Se il giudice istruisce i giurati nel senso che ad una determinata parola corrisponde un certo significato, i giurati dovranno attenersi a tale istruzione perentoria del giudice, senza possibilità di discostarsene. Così in giurisprudenza *De Shields v. Insurance Company of North America*, 125 S.C. 457 (1923), ove la Corte Suprema della South Carolina, nel confermare le conclusioni del giudizio di appello, ha affermato non solo che «*it was the duty of the Court to construe the policy*», ma anche che nell'interpretazione fatta il giudice di seconde cure non ha commesso alcun errore censurabile. Per approfondire il ruolo delle istruzioni nella *construction* dei documenti rinviamo a BLASHFILED, op. cit., vol. III, 467-488.

(196) Si parla a tal proposito di un verdetto «*against the weight of evidences*».

(197) Nella maggior parte degli Stati il fatto che una parte abbia proposto un'obiezione in modo tempestivo è una condizione necessaria per la possibilità di impugnare la decisione in punto di istruzioni errate. JAMES, HAZARD, op. cit., 363-364.

della decisione fondata sulla regola di giudizio dell'onere della prova. Il che significa, in ultima istanza, che il giudice ha il potere di stabilire direttamente come dovrà essere ripartito il *burden of persuasion* tra le parti (198). Ci sembra chiaro, cioè, che stabilire nelle istruzioni alla giuria che, nel caso in cui il fatto del pagamento non dovesse essere pienamente provato, i giurati dovranno deliberare a favore dell'attore, equivale a stabilire che rispetto al fatto del pagamento l'onere della prova incombe sul convenuto.

Non solo, ma, volendo approfondire il discorso, siamo convinti che questo potere del giudice di ripartire il *burden of persuasion* attraverso una precisa formulazione delle istruzioni ai giurati sia l'espressione più rilevante della tradizionale funzione di controllo esercitata sulla giuria (199). Come ebbe già modo di osservare Thayer in un suo brillante

(198) Che sia il giudice a fissare la ripartizione del *burden of persuasion* mediante le istruzioni ai giurati è una conclusione assolutamente pacifica in dottrina e in giurisprudenza. Su questo punto, si rinvia ai contributi di MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, cit., 175-176, ove si afferma che «*when at the end of the trial an issue is more nearly in balance, so that it should be submitted to the jury for a deliberative verdict, the judge must decide which party has to make his contentions of fact prevail or suffer an adverse determination*», nonché a JAMES, HAZARD, op. cit., 360, ove si sostiene che «*the judge should explain to the jury which party has the burden of proof (persuasion burden) on each issue and the measure to which they must be persuaded before that burden is met*». Si confronti poi quanto sostenuto da BLASHFIELD, op. cit., vol. III, 577 e ss., specialmente a pagina 614, da PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, cit., 52 e ss., da CROSS, TAPPER, *Evidence*, cit., 164 («*it is vitally important for the judge to direct the jury both as to the allocation and the standard of the burden of proof*»), e da BLUME, op. cit., 139 («*jurors need not be instructed on the "burden of going forward" with proof, but should be instructed on the "burden of persuasion"*»). Spesso, su tutti questi punti, il modello delle istruzioni ai giurati è ormai standardizzato. Così, ad esempio, in Colorado, si usa la seguente formula: «*You are instructed that the mere happening of an accident does not rise any presumption of negligence. The burden of proof is upon the plaintiff in this case to establish all the material allegations of his complaint by a preponderance of the evidence. The burden of proof is upon the defendant to establish his affirmative defense and counterclaim by a preponderance of the evidence. By "burden of proof" is meant the obligation resting upon the party or parties who assert a proposition to establish the same by a preponderance of the evidence. By "preponderance of the evidence" is meant that evidence which is most convincing and satisfactory to you and which you believe is a truthful account of the matters in controversy between the parties. In order for you to reach a conclusion that the plaintiff in this case has proven his case by a preponderance of the evidence, you must feel satisfied in your minds, after hearing and weighing all the evidence, that the evidence produced by the plaintiff in this case outweighs that produced by the defendants*». Questo modello di istruzione è riportato da BLUME, op. cit., 139, in nota.

(199) Sul controllo della giuria da parte del giudice e su come, in sostanza, la prima possa essere considerata come un *judicial instrument* a disposizione di quest'ultimo, si rinvia anzitutto a quanto abbiamo già detto nel primo capitolo, alle pagine 33 e seguenti. Adde THAYER, *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 150-151, il quale fa dapprima riferimento ai giurati definendoli «*subordinate associates*» del giudice, rimarcando poi tale presunta inferiorità dei giurati quando

saggio del 1890, il fatto che la ripartizione dell'onere della prova sia da sempre considerata come un *matter of law*, di esclusiva competenza del giudice togato, è una conseguenza di ciò che «i giudici hanno quello che i giurati non hanno, vale a dire la responsabilità di condurre l'amministrazione della giustizia non solo nel rispetto delle norme di diritto positivo, *ma anche delle regole di ragione ... regole pratiche, regole di buon senso*» (200). Questo dovere di pronunciare decisioni che non siano solo proceduralmente giuste, ma anche giuste rispetto al caso concreto e alla *particular justice policy*, si estrinsecerebbe per l'appunto attraverso il controllo della giuria da parte del giudice. Quest'ultimo, invero, ha l'onere di «mantenere i *jurors* entro i limiti del buon senso e della ragione», in modo da ottenere un verdetto che sia il più rispondente possibile alle *social policies* della collettività sociale di riferimento (201). Pertanto, se interpretiamo correttamente il pensiero di questa autorevolissima dottrina, attraverso una determinata ripartizione dell'onere della prova è

osserva che la pratica di istruire la giuria sulla ripartizione dell'onere della prova «*is natural and desirable when a presiding learned tribunal is instructing an unlearned one*», e DEVLIN, *Trial by Jury*, cit., 61 e ss. Più in generale, è possibile osservare che il potere di istruire i giurati rientra tra i c.d. «*preverdict devices*» che il giudice ha a disposizione per esercitare un controllo sulla giuria prima che venga pronunciato il verdetto, assieme all'esclusione di determinate prove sulla base delle *rules of exclusion* e ai provvedimenti di *nonsuit*, quando la parte onerata non abbia assolto il suo *burden of production*. Fra i poteri di controllo sulla giuria dopo la pronuncia del verdetto, invece, si distingue per rilevanza la possibilità di istituire un *new trial*. Per una discussione su questo argomento, che comunque esula dai confini della nostra indagine, si veda JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 349 e ss.

(200) Il passaggio che abbiamo riportato è di THAYER, “*Law and Fact*” in *Jury Trials*, cit., 165: «*the judges ... had, what the juries had not, the responsibility of supervising the conduct of judicature and of securing the observance, not merely of the rules of law, but of the rules of reason ... rules of practice, rules of good sense*». Il corsivo usato nel testo è nostro.

(201) THAYER, op. cit., 167: «*keeping the jury within the bounds of reason*». Anche DEVLIN, *Trial by Jury*, cit., 109-115, ha osservato che giudice e giuria possono avere – e spesso hanno – delle divergenze su cosa sia «*reasonable*», o giusto, rispetto ad un caso concreto. In tutti questi casi, peraltro, «*when there is such a difference, it is not, as might be supposed, the view of the jury who ex officio are the reasonable men that prevails, but the view of the judge*». È il giudice, in altre parole, che impone alla giuria la sua idea rispetto all'allocazione degli oneri probatori, idea che, a sua volta, dipenderà dal risultato che egli ritiene giusto perseguire nel caso concreto: si tratterebbe di altrettante «*informal ways in which the judge influences and shapes the verdict*» (corsivo nostro). La necessità di limitare rispetto a questo punto il potere della giuria, si ricava anche dal fatto che «*if it were left to the jury in each case to do what they thought fair and practical, results would be bound to differ enormously*», quando invece la materia della ripartizione dell'onere della prova sarebbe quella dove più di ogni altra «*there is need for uniformity*».

effettivamente possibile ottenere decisioni più giuste dal punto di vista di ciò che nel primo capitolo abbiamo definito come il «diritto vivente», o come le *social conveniences*, di un determinato contesto sociale, storicamente determinato. Invero, il compito della giuria, coadiuvata dal giudice, è quello di pronunciare un verdetto che non sia corretto solamente dal punto di vista del diritto sostanziale ma, appunto, anche da quello delle regole di buon senso e di ragione, posto che le *social policies* proprie della collettività di riferimento non sono semplicemente parte della legge, ma, piuttosto, sono l'elemento stesso da cui la legge trae la sua linfa vitale (202).

In questo modo, ci sembra effettivamente possibile ottenere la quadratura del cerchio rispetto alla problematica questione della ripartizione dell'onere della prova negli

(202) THAYER, op. cit., 166-168. Su questo punto, peraltro, il discorso fatto da Thayer, se mai ve ne fosse bisogno, è stato avallato da altri esponenti della dottrina assolutamente autorevoli. Così, ad esempio, sembra proprio questo quello che WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. I, 241 e ss., intendeva dire parlando della *law of evidence* come di un sistema che «*is sound on the whole*». Secondo Wigmore, cioè, quello della *law of evidence* sarebbe un sistema che, lungi dall'essere creato artificialmente da un legislatore, si fonda in realtà sulla c.d. «*experience of human nature*», che poi è ciò che noi abbiamo definito come il diritto vivente di un contesto sociale storicamente determinato. Non solo, ma questa *human nature* sarebbe davvero insopprimibile («*will always be with us*»: corsivo suo), sì che, in sostanza, la *law of evidence* – anzi, ogni regola della *law of evidence*: «*there is hardly one that is not based on some aspect of human rule*» – semplicemente «cresce» con essa («*it simply grows*»), modellandosi continuamente sulle sempre mutevoli forme che possono assumere le *social attitudes* del gruppo sociale di riferimento. Nello stesso senso, MAYERS, *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, cit., 414, ha osservato che «attraverso la giurisprudenza il diritto si forma e si riforma continuamente per gradi», mentre, per «modifiche brusche», sarebbe sempre necessario un intervento del legislatore. Si tratterebbe, dunque, di quel fantastico lavoro di «rattoppamento» («*patchwork*») del diritto positivo ad opera della *law of evidence*, di cui parlava proprio THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 508, poi illustrato magistralmente anche da HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^a ed., Londra 1956, 347 e ss. Le norme di diritto positivo, si dice, devono «fare i conti» con quelle che sono le *social policies* della collettività di riferimento («*rules of law must struggle for existence in the strong air of practical life*»), e quelle che non riescono più ad aderire ad un eventuale mutamento del contesto storico e sociale in cui devono essere applicate, prima o poi verranno sostanzialmente disapplicate («*rules which are so refined that they bear but a small relation to the world of sense will sooner or later be swept away*»). In questo senso, «la funzione della giuria sarebbe stata per centinaia di anni quella di *ricondere costantemente le norme di diritto positivo alla pietra miliare del diritto vivente*» (enfasi nostra: «*the jury system has for some hundreds of years been constantly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense*»). Conformemente, JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 279 e ss., e JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, cit., 250 e ss., dove si parla di una «*common public opinion of sensible men*» che dovrebbe ispirare la decisione del giudice.

ordinamenti di *common law*. Dal fatto che tutto il sistema legislativo di quegli ordinamenti, e specialmente la *law of evidence*, è una diretta espressione delle *social policies* del contesto storico e sociale di riferimento, si ricava la centralità della giurisprudenza nella creazione di un diritto nuovo, ovvero nella modificazione di quello esistente, al fine di plasmarlo rendendolo così sempre più conforme a tali *social policies*. Da sempre, infatti, il momento del processo è anche un po' quello in cui la tenuta del diritto positivo viene effettivamente messa alla prova di quelle che sono le effettive *social conveniences* dell'ordinamento, inteso nel suo complesso.

In quest'ottica, la ripartizione dell'onere della prova diventa il mezzo principale attraverso il quale è possibile, per il giudice, andare ad incidere sul diritto sostanziale. Come abbiamo visto, da una certa allocazione dell'onere probatorio è possibile quasi sempre indurre quale sia la posizione dell'ordinamento rispetto a problemi socio-economici di ampio respiro. Così, tra le altre cose, attraverso una determinata ripartizione dell'onere della prova è stato possibile favorire lo sviluppo economico dell'Inghilterra della rivoluzione industriale, ovvero agevolare la posizione dei lavoratori americani nei casi di licenziamenti discriminatori, ovvero ancora riequilibrare la posizione delle parti di un rapporto di locazione nel momento in cui al locatore era diventato ormai impossibile dimostrare la colpa del conduttore, evitando così che il mercato immobiliare ristagnasse, arrestando la sua crescita.

In uno scenario simile, la presenza di un giudice popolare come la giuria, deputato a conoscere in via esclusiva delle questioni di fatto, oltre ad essere giustificata in tutti i modi che abbiamo esaminato potrebbe trovare un'ulteriore spiegazione. Ci riferiamo qui a ciò di cui parla anche il nostro Art. 103, 3° comma, Cost., ossia alla partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia. Invero, permettere ad un gruppo di dodici *quavis de populo* di influenzare la decisione del giudice mediante un verdetto immotivato, in un certo senso equivale a dire che è loro permesso non solo, o non semplicemente, di contribuire all'amministrazione della giustizia, bensì, più concretamente, di partecipare direttamente al procedimento di *judicial legislation*, andando a ratificare le nuove regole che andranno poi a disciplinare la vita giuridica della collettività in un momento in cui sono

ancora in fase di formazione. Queste nostre considerazioni, probabilmente, potrebbero trovare un prezioso riscontro in quella dottrina che, alla luce di una meticolosa indagine sull'origine e sul fondamento della giuria, ha concluso osservando che il *trial by jury* consisterebbe in realtà in una combinazione di giudice e giuria, al fine di amministrare la giustizia nel modo più vicino possibile a quelle che risultano essere le effettive necessità della collettività sociale complessivamente considerata (203).

È vero che, come osservava Thayer, in ultima istanza sono i giudici e non i giurati ad avere la responsabilità di pronunciare decisioni che, oltre a risolvere la contesa dei litiganti, siano corrette anche dal punto di vista delle *social policies*, perché conformi al «diritto vivente» di un determinato contesto sociale. È evidente, peraltro, che se la decisione si fonda sul verdetto della giuria, si rende anzitutto necessario che anche il contenuto di quest'ultimo sia in linea con quelle che sono le *social policies* che il giudice intende valorizzare nel caso concreto. Da tale considerazione si ricava, crediamo, la centralità del potere del giudice togato di istruire i giurati in merito alla ripartizione dell'onere della prova. In sostanza, le istruzioni ai giurati divengono il mezzo attraverso il quale il giudice impone agli stessi quello che secondo lui è il risultato che è necessario raggiungere attraverso una determinata ripartizione dell'onere della prova, assicurandosi che non ignorino o confondano quelle che sono le *social conveniences* da tenere in considerazione nel caso concreto. Del resto, solamente nel quadro che abbiamo tracciato avrebbe senso affermare che lo scopo più importante delle istruzioni è quello di mantenere i giurati «entro i limiti di buon senso e di ragione».

In conclusione, dunque, possiamo dire che la ripartizione dell'onere della prova, e specialmente quella del *burden of persuasion*, è il mezzo principale che i giudici di *common law* hanno a disposizione per raggiungere determinati obiettivi di impatto *lato sensu* sociale. L'importanza del potere di istruire i giurati su questo punto, inoltre, è una conseguenza

(203) DEVLIN, op. cit., 120-121: «*the reality of trial by jury consists of a combination of judge and jury ... a compounding of the legal mind with the lay ... the jury is not allowed to search for a verdict outside the circumference delineated by the judge; and within the circumference its search is directed by the judge in that he marks out the paths that can be taken through the facts, leaving to the jury the final choice of route and destination*».

della responsabilità che i giudici hanno di pronunciare decisioni che, oltre ad essere corrette da un punto di vista strettamente procedurale, siano conformi alle *social policies* della collettività sociale di riferimento, al fine di portare a compimento il procedimento di *judicial legislation*.

4. *Gli effetti riflessi della bipartizione del burden of proof sulla disciplina delle presunzioni.* Evidential presumptions e persuasive presumptions. – Non è possibile chiudere questa prima parte teorica della nostra indagine sulla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law* senza spendere alcune brevi parole sulla materia delle presunzioni, dato che una parte di essa appartiene indubbiamente alla problematica della quale ci stiamo occupando.

Anzitutto, dobbiamo dire che la posizione generale della teoria delle presunzioni negli ordinamenti di *common law* è pressoché identica a quella degli ordinamenti di *civil law*, con la quale siamo senz'altro più familiari. Anche negli ordinamenti angloamericani, dunque, quando si parla di presunzioni si fa in realtà contestualmente riferimento a tre fenomeni nettamente distinti tra loro. Vi sono le presunzioni legali assolute, o *iuris et de iure* («conclusive» o «irrebuttable» *presumptions of law*), le quali sono in realtà estranee alla *law of evidence*, essendo più che altro delle vere e proprie norme di diritto sostanziale, la cui unica caratteristica è quella di essere redatte in modo indiretto e inutilmente tortuoso. Vi sono poi le presunzioni semplici, o *hominis*, che pur appartenendo alla *law of evidence* sono tuttavia estranee alla questione della ripartizione degli oneri probatori tra le parti. In altre parole, anche negli ordinamenti di *common law* quando si parla di presunzione semplice ci si riferisce, in realtà, alla prova indiziaria, o critica, vale a dire alla prova di un fatto secondario noto attraverso la quale è possibile inferire logicamente l'esistenza o l'inesistenza di un fatto principale ignoto (204).

Vi sono, infine, le presunzioni legali relative, o *iuris tantum* («rebuttable» *presumptions of law*). Si tratta della tipologia di presunzioni che più ci interessa prendere in considerazione in questa sede, poiché oltre a fare indubbiamente parte della *law of evidence* sono anche idonee ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova. È invero noto come l'effetto principale di una presunzione di questo tipo sia principalmente quello di

(204) Per un inquadramento generale della materia delle presunzioni negli ordinamenti di *common law* ci limitiamo a rinviare qui alla migliore dottrina manualistica: WIGMORE, *Evidence*, cit., IX, 286 e ss.; JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, cit., 325 e ss., e MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, cit., 802 e ss.

invertire l'onere della prova rispetto ad un certo fatto giuridico, e che, proprio per questo motivo, la sua esistenza o inesistenza viene reputata come presunta fino a che non sia fornita la prova del contrario. Volendo esemplificare, abbiamo visto che l'intera materia della ripartizione dell'onere della prova nei casi di *negligence* è quasi interamente dominata dalle inversioni operate da questo tipo di presunzioni. In altri termini, se la regola generale è che l'attore deve allegare e provare la colpa del convenuto, a certe condizioni l'esistenza di questo fatto può ritenersi presunta fino a prova contraria, fino a che, cioè, il convenuto non ne provi l'inesistenza dimostrando di aver tenuto una condotta irreprensibile. Così, in *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.* si è stabilito che la colpa del *bailee* avrebbe potuto ritenersi presunta dopo che il *bailor* avesse dimostrato la consegna dei beni e la mancata restituzione degli stessi entro il termine pattuito nel contratto di *bailment*. Non solo, ma abbiamo anche visto come la disciplina della ripartizione dell'onere della prova rispetto alla *contributory negligence* dell'attore non sia altro che la sintesi del conflitto di due diverse presunzioni, quella di *due care* e quella di *negligence*. Negli Stati in cui si considera prevalente la presunzione di *due care* 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 viene considerata prevalente la presunzione di *negligence* dell'attore, sarà l'esistenza di un suo concorso di colpa ad essere presunta, e spetterà a lui provare il contrario (205).

In questa sede non è nostra intenzione trattare in modo generale della tematica delle presunzioni. Per quanto elegante, si tratta in effetti di un tema troppo vasto, e lo sforzo di affrontarlo compiutamente richiederebbe un'indagine autonoma. Al contrario, la nostra attenzione dovrà qui essere indirizzata verso un problema specifico, vale a dire quello dei rapporti sussistenti tra la bipartizione dell'onere della prova tipica degli ordinamenti di *common law* e la disciplina delle presunzioni legali relative. Più in particolare, il punto che dobbiamo ora approfondire è se le *rebuttable presumptions* negli ordinamenti di *common law* siano idonee ad incidere sull'allocazione del *burden of production*, del *burden of*

(205) Si vedano in particolare le pagine 55 e seguenti, specialmente la nota 65.

persuasion, ovvero su quella di entrambi gli oneri probatori. A tal proposito, la dottrina di *common law* distingue due tipi di presunzioni relative, a seconda dell'onere probatorio sul quale agiscono. Si distingue, cioè, tra le c.d. «*evidential presumptions*», o «*permissive presumptions*», idonee ad invertire solamente il *burden of production*, e le c.d. «*persuasive presumptions*», «*burden-shifting presumptions*», in grado di operare addirittura un'inversione probatoria rispetto al *burden of persuasion* (206). Ai sensi della Rule 301 delle *Federal Rules of Evidence* americane, peraltro, di norma una presunzione deve essere considerata come *evidential*, salvo si stabilisca espressamente che si tratti di una *persuasive presumption* (207).

Peraltro, in un discorso riguardante i rapporti sussistenti tra le *rebuttable presumptions* e la ripartizione dell'onere della prova, il primo profilo da esaminare è quello relativo alla funzione concretamente svolta da questo tipo di presunzioni, oltre che, naturalmente, quello riguardante la loro natura e il loro fondamento. Da questi punti di vista, invero, presunzioni e ripartizione dell'onere della prova sembrerebbero essere molto simili e, come abbiamo detto quando abbiamo introdotto il discorso relativo al *burden of persuasion*, partire con l'evidenziare i punti di contatto tra due istituti permette poi di comprenderne meglio le differenze. In questo senso, possiamo anzitutto dire che le presunzioni, proprio come l'onere della prova, non sembrerebbero essere altro che uno strumento che il giudice ha a disposizione per raggiungere determinati fini di *social policies*. Non solo, ma l'identità tra presunzioni e onere della prova ci sembra andare anche oltre questa comunanza di scopo, posto che anche il fondamento e la natura di ogni regola presuntiva è da ricercare in una combinazione degli stessi criteri di esperienza e di *social convenience* che abbiamo visto trattando della ripartizione del *burden of proof* (208).

(206) Su tale distinzione si vedano in dottrina gli scritti di ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, cit., 131, e di REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, cit., 715 e ss.

(207) Così recita il testo della norma citata: «*In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally*».

(208) Nella dottrina angloamericana, è stato di questo avviso JAMES, HAZARD, op. cit., 327-329, il quale afferma proprio che le presunzioni sono «*a device for allocating the production burdens*», e che le basi sulle quali la legge e i giudici ne fondano la genesi «*for the most part ... are the same kinds of reasons that influence the allocation of the production burden generally, and these may be summed up as*

Volendo approfondire il discorso, in riferimento a tutti questi aspetti ci sembrano veramente illuminanti due casi che abbiamo già avuto occasione di esaminare nel corso del nostro lavoro, ossia *Knowles v. Gilchrist Company* e *Summers v. Tice*. Come si ricorderà, entrambe le decisioni sono accomunate dal fatto che i giudici hanno istruito i giurati su una ben precisa inversione del *burden of persuasion*, rispettivamente della colpa del *bailee* e della colpa dei compagni di caccia dell'attore, giustificando più o meno direttamente questa scelta in base a considerazioni relative alle presunte difficoltà *lato sensu* istruttorie che gli attori avrebbero altrimenti dovuto affrontare, in piena aderenza al principio del *access to evidence*. Per la stessa ragione, quando per il trasporto dei beni dell'attore si rende necessario coinvolgere più di un vettore e, alla fine, i beni arrivino a destinazione danneggiati, si suole presumere che il danno si sia verificato integralmente quando i beni erano nel possesso dell'ultimo vettore, poiché quest'ultimo sarà nella migliore posizione per dimostrare la propria assenza di colpa. Così è stato deciso, ad esempio, in *Chicago & N.W. Ry. Co. V. C.C. Whitnack Produce Co.*, relativamente al trasporto di due carichi di mele, consegnati intatti al primo *carrier* ma arrivati poi a destinazione congelati (209).

Altre presunzioni, più in generale, trovano il loro fondamento in autentiche regole di «*social and economical policy*». Si tratta, ad esempio, della classica presunzione della titolarità di un determinato diritto soggettivo in capo al soggetto che lo possiede, che, come si sa, non è diretta solamente a sgravare il possessore dalla difficoltà pratica di dover fornire

reasons of convenience, fairness and policy» (corsivo nostro). Anche MCCORMICK, op. cit., 806-808, sostiene che «*naturally, the reasons for creating particular presumptions are similar to the considerations ... that bear upon the initial or tentative assignment of those burdens ... thus, just as the burdens of proof are sometimes allocated for reasons of fairness, some presumptions are created to correct an imbalance resulting in one party's superior access to proof*». Conformente, STONE, *Burden of Proof and the Judicial Process*, cit., 283 («*the Courts should not essay the impossible task of making the bricks of judge-made law without holding the straw of policy*»), e CLEARY, *Presuming and Pleading: an Essay on Juristic Immaturity*, in *Stanford Law Review* 1959, vol. XII, 18, il quale ben pone in luce come le «*governing considerations*» che stanno alla base delle presunzioni siano, di fatto, le stesse che stanno alla base della ripartizione dell'onere della prova: «*policy, fairnees and probability*». Infine, da questo punto di vista ci sembra essere particolarmente chiaro il contributo di BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof*, cit., 313, ove è possibile leggere che «*all such presumptions are ... created by some policy of law which requires ... to meet some judicially felt need or to accomplish some purpose judicially recognized as desirable*».

(209) *Chicago & N.W. Ry. Co. V. C.C. Whitnack Produce Co.*, 258 U.S. 369 (1922).

una prova notoriamente ostica, qual è senz'altro la prova del proprio titolo, ma anche e soprattutto a tutelare il commercio dei beni giuridici e la speditezza delle transazioni (210). Oppure ancora, di quelle presunzioni dirette a creare un consolidamento dello *status* sociale degli individui di fronte ad avvenimenti che rischierebbero altrimenti di lasciare in sospeso situazioni particolarmente delicate, relative soprattutto alla gestione della proprietà e di altri diritti potenzialmente idonei a confluire nell'asse ereditario, come la presunzioni di morte dopo che un soggetto sia stato assente per sette anni senza far avere più notizie di sé, ovvero quella della legittimità del figlio nato durante il matrimonio (211).

La maggior parte delle *rebuttable presumptions*, peraltro, sembrerebbero fondarsi sul criterio della *probability*. In altri termini, accade abbastanza spesso che la giurisprudenza ritenga presunta l'esistenza o l'inesistenza di un fatto giuridico se ciò rispecchia quello che è *l'id quod plerumque accidit*, onerando poi della prova del contrario chi sostenga che, nel caso di specie, ci si sia discostati da quella che appare essere come la normalità delle cose. È nostra convinzione che tutte le presunzioni riconducibili al criterio della *probability* siano accomunate da una medesima ragione di fondo, individuabile principalmente all'economia processuale. In questo senso, imporre l'onere della prova a colui che allega un fatto in senso conforme a quello che, nella fattispecie in esame, rappresenta *l'id quod plerumque accidit*, può essere considerato sconveniente poiché, ad istruttoria completata, sarà

(210) Così *Lemp Brewing Co. v. Mantz*, 120 Md. 176 (Md. 1913): «*the possession was at least some evidence of title, and sufficient to cast upon the plaintiff the burden of showing a superior right*» (corsivo nel testo della decisione), e, nello stesso senso, *Guyer v. Snyder*, 104 A. 116 (Md. 1918). Sulla presunzione di titolarità in base al possesso («*presumption of ownership from possession*») e sulle relative giustificazioni, si veda anche quanto affermato da MCCORMICK, op. cit., 807, e da WIGMORE, op. cit., vol. IX, 425-426.

(211) Sulla presunzione di morte ci limitiamo qui a rinviare a quanto abbiamo detto alle pagine 141 e seguenti, aggiungendo ora con MCCORMICK, op. cit., 810, che la giustificazione e il fondamento di tale presunzione dovrebbe rintracciarsi nella «*probability and the social policy of enforcing family security provisions such as life insurance, and of settling estates*». Sulla presunzione di legittimità del figlio nato in pendenza di un vincolo matrimoniale, invece, si veda in giurisprudenza il famoso caso *Ash v. Modern Sand Gravel Co.*, 234 Mo. App. 1195 (Mo. Ct. App. 1938), dove si è stabilito che tale presunzione, proprio perché diretta a tutelare il minore dalle ripercussioni sociali ed ereditarie che potrebbe causargli lo *status* di figlio illegittimo, è la più forte presunzione conosciuta dalla legge («*the strongest known to the law*»), e che «*the courts in their righteous zeal to protect the innocent offspring will not permit this presumption to be overthrown unless there is no judicial escape from such a malign conclusion*».

comunque più probabile che l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del fatto sia in linea con le affermazioni della parte onerata. Si che, in sostanza, si finisce per spendere inutilmente delle risorse processuali per fare un'istruttoria che poteva benissimo essere evitata, invertendo appunto l'onere della prova rispetto a quel fatto giuridico.

In questo senso, ad esempio, in *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Edmonson*, si è stabilito che una lettera, debitamente indirizzata, compilata e consegnata al competente ufficio postale, senza che al mittente sia poi stato consegnato alcun biglietto riportante il mancato recapito, debba ciò nonostante presumersi come giunta a destinazione, e l'onere di dimostrare il contrario spetta a chi contesti la ricezione della lettera da parte del destinatario (212). In casi come questi è evidente che imporre al mittente che dimostri di aver ritualmente rispettato tutte le procedure necessarie per il corretto invio della missiva l'onere di dimostrare la ricezione della stessa da parte del destinatario sarebbe altamente sconveniente per l'economia del giudizio, poiché, come insegna l'esperienza, quando le procedure di invio di una lettera sono state debitamente rispettate questa, la maggior parte delle volte, arriva regolarmente a destinazione.

Quanto diciamo a proposito di ciò che le *rebuttable presumptions*, proprio come l'onere della prova, non sarebbero che uno strumento che il giudice ha a disposizione per raggiungere determinati fini di *social convenience*, crediamo trovi un ulteriore riscontro nel fatto che negli ordinamenti di *common law* non esistono presunzioni idonee ad invertire il solo *burden of persuasion*: invero, o si influisce esclusivamente sulla ripartizione del *burden of production*, oppure si va oltre, invertendo anche la ripartizione del *burden of persuasion*. La ragione di tale divergenza tra la ripartizione del *burden of production* e quella del *burden of persuasion* sembrerebbe dover essere ricercata nella consapevolezza che i giudici hanno della maggior pregnanza che accompagna l'allocatione di questo secondo onere probatorio, il quale, come si ricorderà, affonda le proprie radici nel terreno del diritto

(212) *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Edmonson*, 235 Ala. 365 (Ala. 1938), ove si è affermato che «*the letter was sent out in the "usual and customary way" of handling such outgoing mail; and the failure of return of the duly posted, directed, and properly stamped letter indicated its receipt by defendant's authorized agent*».

sostanziale. Ma il punto qui, piuttosto, è che da tali considerazioni ci sembra possibile ricavare il criterio che permette di stabilire quando una presunzione sarebbe solamente *evidential*, ovvero quando sarebbe addirittura *persuasive*. Se, in altri termini, per raggiungere il fine di *social policy* che sta alla base della regola presuntiva è sufficiente invertire la ripartizione del *burden of production*, tanto meglio; altrimenti, qualora cioè l'inversione del solo *burden of production* non dovesse apparire sufficiente, si renderà necessario modificare anche l'allocazione del *burden of persuasion*.

Questo nostro discorso, che avremo comunque modo di approfondire nel terzo capitolo, è peraltro destinato ad intrecciarsi con il dibattito sorto nella dottrina di *common law* in merito alla perdurante validità della tesi più tradizionale degli effetti delle *rebuttable presumptions*, vale a dire la c.d. «*bursting bubble theory*» di Thayer (213). Brevemente, secondo questa tesi esisterebbero solamente le *evidential presumptions*, poiché l'unico onere probatorio la cui allocazione sarebbe idonea ad essere influenzata dall'operare di una presunzione sarebbe appunto il *burden of production*. La denominazione con cui la dottrina suole riferirsi a tale teoria, che richiama alla mente l'immagine figurativa di una bolla che scoppia, è dovuta al fatto che il destino dell'applicazione di una regola presuntiva sarebbe

(213) Questa tesi è condensata principalmente in THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 313 e ss., dove si afferma fra l'altro che «*the exact scope and operation of these prima facie assumptions are to cast upon the party against whom they operate, the duty of going forward, in argument or evidence, on the particular point to which they relate*» e, ancora, che «*the presumption ... goes no further than to call for proof of that which it negatives ... something which renders it probable*». In senso analogo, ID., *Presumptions and the Law of Evidence*, cit., 142 e ss. In dottrina hanno poi aderito a questa impostazione WIGMORE, op. cit., vol. IX, 288 e ss.; CLEARY, *Presuming and Pleading: an Essay on Juristic Immaturity*, in *Stanford Law Review* 1959, vol. XII, 5 e ss., e LAUGHLIN, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, in *Michigan Law Review* 1953, vol. LIII, 195 e ss. Si noti, peraltro, che in un certo senso si potrebbe dire che questa tesi derivi a sua volta da quella rinvenibile nella monografia di BURCKHARD, *Die civilistischen präsumtionen*, Weimar 1866, specialmente a pagina 320, dove si afferma che il principale effetto di una *praesumptio iuris* non è quello di invertire il vero e proprio *onus probandi*, ossia il *burden of persuasion*, bensì semplicemente quello di far sorgere in capo al convenuto uno *ius probandi contrarium*, che è poi la posizione tipica del convenuto che, negli ordinamenti di *common law*, si vede onerato del *burden of production* («*dass die Beweislast auf den Beklagten übergeht, d. h. das, wenn er sich dabei nicht beruhigen will, er den Beweis des Gegentheils des präsumirten Umstands führen muss; es liegt ihm also in diesem Sinn nicht ein onus probandi ob, sondern er hat ein jus probandi contrarium, nur dass der Begriff der Beweislast sich insofern geltend macht, als Kläger siegt, wenn der Versuch des Beklagten, das Gegenteil zu beweisen, misslingt*»).

segnato in partenza. Invero, delle due l'una. O l'inversione del *burden of production* è sufficiente per raggiungere il fine di *social policy* che ne sta alla base, permettendo così alla parte che ne beneficia di ottenere un provvedimento favorevole direttamente da parte del giudice. Ovvero, all'opposto, qualora la parte onerata del *burden of production* riesca a vincere la presunzione sfavorevole, offrendo una *prima facie evidence* del contrario, ritrasferirà il *burden of production* in capo alla controparte, la quale, in sostanza, si verrà a trovare nella stessa situazione in cui si sarebbe venuta a trovare nel caso in cui non fosse stata assistita dalla presunzione favorevole. In entrambe le ipotesi è evidente che la presunzione, proprio come una bolla, è come se si dissolvesse nel nulla una volta adempiuta la propria funzione, vale a dire quella di invertire la ripartizione del *burden of production* (214).

Naturalmente, il fondamento teorico di questa dottrina deve essere ricercato in quella che abbiamo visto essere la *orthodox rule* in merito allo *shifting* degli oneri probatori nel corso del processo (215). Come si ricorderà, abbiamo visto che, secondo questa tesi, solamente il *burden of production* possiede la caratteristica della flessibilità mentre il *burden of persuasion*, al contrario, sarebbe rigido, in quanto non potrebbe esser trasferito o ritrasferito da una parte all'altra. In quest'ottica, dunque, è agevolmente intuibile che riconoscere alle presunzioni la possibilità di influenzare anche la ripartizione del *burden of persuasion*, oltre che di quella del *burden of production*, avrebbe significato contraddire quella impostazione, secondo la quale la ripartizione del *burden of persuasion* non può essere modificata in alcun modo, né attraverso un intervento diretto da parte del giudice, né in conseguenza dell'operare di regole presuntive di questo tipo. Proprio per questo motivo, quindi, non dovrebbe sorprendere che i più autorevoli sostenitori della *bursting bubble theory*, e specialmente Thayer e Wigmore, siano anche gli stessi che hanno difeso a oltranza il dogma dell'immobilità del *burden of persuasion*.

(214) Sempre in senso figurato, si è parlato di questa tesi riferendosi alle presunzioni come se fossero «dei pipistrelli del diritto, che volano durante il tramonto ma scompaiono all'alba dei fatti» (*Mockovick v Kansas City etc.*, 196 Mo 550 (1906): «*like bats of the law flitting in the twilight, but disappearing in the sunshine of actual facts*»), ovvero come l'ape maschio di Maeterlinck, «che dopo aver svolto la sua funzione scompare». L'ultima citazione è di BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof*, cit., 314.

(215) Ci limitiamo qui a rinviare a quanto dicevamo alle pagine 92 e seguenti.

Questa teoria degli effetti delle presunzioni legali relative, peraltro, pone il fianco ad un triplice ordine di critiche. La più incisiva è quella che fa perno su una verità che ci appare davvero incontestabile. Se è vero che le ragioni di *social policies* e le massime di esperienza che fondano le presunzioni sono le stesse che stanno alla base anche della ripartizione degli oneri probatori, dovrebbe allora essere evidente che esse, il più delle volte, permangono anche dopo che la parte onerata abbia prodotto una *prima facie evidence* in grado di vincere la presunzione. In altre parole, seguendo l'impostazione della teoria criticata, quelle ragioni e quelle esigenze rischierebbero di rimanere completamente frustrate tutte le volte in cui l'inversione della ripartizione del solo *burden of production* non sia da sola sufficiente per assicurare il rispetto delle ragioni e delle *social policies* che stanno alla base della presunzione stessa (216). Questa situazione è anzitutto emersa brillantemente nell'evoluzione della ripartizione dell'onere della prova della colpa del *bailee* nel Massachusetts. Come abbiamo visto, prima, a partire da *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.*, per evitare di porre il *bailor* in una situazione probatoria particolarmente difficile, perché avente ad oggetto fatti attinenti in maniera più immediata alla sfera giuridica del *bailee* convenuto, era stato ritenuto sufficiente invertire il solo *burden of production* rispetto alla colpa del *bailee*, creando una sorta di *evidential presumption*; ed è questa tutt'ora la situazione in altri Stati, come ad esempio nell'Alaska. Successivamente invece,

(216) Così MCCORMICK, op. cit., 822-829. Su questo punto si vedano anche CLEARY, op. cit., 18, il quale osserva che seguendo la tesi di Thayer «*any evidence, even though not credible, will dispel a presumption*», e MORGAN, MAGUIRE, *Looking Backward and Forward at Evidence*, in *Harvard Law Review* 1937, vol. L, 913, dove si dice espressamente che l'unico risultato pratico della *bursting bubble theory* sarebbe quello di riservare alle presunzioni un effetto «*slight and evanescent*», inconciliabile con il rispetto delle esigenze di *social policies* che ne stanno alla base. Conformemente, GAUSEWITZ, *Presumptions in a One-Rule World*, cit., 340 e ss., REAUGH, op. cit., 720, e BOHLEN, op. cit., 313 il quale ha affermato espressamente che «*the force of each presumption and its effect, as shifting the burden of overcoming the inertia of the court or of only shifting the burden of producing evidence, depends upon the nature of the need or purpose which has led to the recognition of that presumption*» (enfasi nostra). *Contra*, LAUGHLIN, op. cit., 222, il quale pur non negando che adottando l'impostazione di Thayer ogni presunzione, nel momento in cui viene vinta, diventi «*inoperative*», osserva tuttavia che l'essenza di ogni regola presuntiva in un certo senso rimane ben viva nel processo, potendo essere presa in considerazione dal giudice come *evidence*: «*the inferences involved in said presumptions remain, and may present evidence sufficient to be evaluated by the trier of the fact, even though rebutting evidence has come forth*».

a partire da *Knowles v. Gilchrist*, si è detto chiaramente che la sola modificazione della allocazione del *burden of production* non poteva ritenersi sufficiente per «curare il male» in cui veniva a trovarsi il *bailor*, comunque pressato da un *burden of persuasion* troppo oneroso, rendendosi pertanto necessario invertire anche la ripartizione di tale ulteriore onere probatorio (217).

Ma le stesse considerazioni, secondo alcuni, varrebbero anche per altre due presunzioni, e, segnatamente, per quella della legittimità del figlio nato durante il matrimonio e per quella di «agency», o comunque di «consent» del proprietario di un'automobile rispetto ad eventuali danni cagionati da altri soggetti alla guida della stessa. Rispetto alla prima abbiamo già visto come essa sia stata definita in *Ash v. Modern Sand Gravel Co.* come «la più forte presunzione conosciuta dalla legge». Non dovrebbe dunque meravigliare il fatto che, al fine di rispettare le esigenze di *social policies* dirette a tutelare la posizione del minore, la maggior parte della giurisprudenza non consideri sufficiente la sola inversione del *burden of production*, rendendosi necessario onerare chi contesti la legittimità del figlio nato durante la pendenza del vincolo matrimoniale anche del *burden of persuasion* (218). Rispetto alla seconda, invece, si è osservato in dottrina e in giurisprudenza che la semplice inversione del *burden of production* in capo al proprietario

(217) Citiamo testualmente un passaggio di *Knowles v. Gilchrist*, cit., che reputiamo veramente fondamentale dal nostro punto di vista: «*a stringent burden of production on the bailee mitigates but does not cure the evil of imposing a burden of proof (of persuasion) on the party who has little or no access to the facts surrounding the loss or damage of the bailed property ... thus the bailor is still placed in the inequitable position of bearing the burden of proof even though he may not have access to the informations needed to rebut bailee's affirmative evidence of due care*». Sulla scorta di queste affermazioni, come si è visto, la Corte Suprema del Massachusetts ha stabilito che per evitare che il *bailor* fosse costretto a fornire la prova di un fatto afferente alla sfera giuridica del *bailee* non poteva più considerarsi sufficiente l'inversione del *burden of production*, dovendosi invece ritenere necessaria anche quella del *burden of persuasion*. Su questo punto si veda anche quanto affermato da DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, cit., 1167 e ss.: «*frequently, the outcome can be determined merely by manipulating the burden of producing evidence, but in Summers the lesser manipulation was insufficient ... so the greater and theoretically forbidden manipulation had to be made*», la manipolazione, vale a dire, della ripartizione del *burden of persuasion*.

(218) Così, ad esempio, *Binion v. Chater*, 108 F.3d 780 (7th Cir. 1997), dove si è affermato tra l'altro che «*this presumption of legitimacy may be rebutted only by clear and convincing evidences*»: dove è evidente che, trattandosi di uno degli *standards of proof* tipici del *burden of persuasion*, ci si sta qui riferendo proprio a tale onere probatorio.

dell'automobile, che potrebbe vincere tale presunzione sfavorevole semplicemente dimostrando di non avere idea che la sua macchina fosse stata guidata dal danneggiante, creerebbe un inaccettabile *vulnus* alla *social policy* che ne sta alla base, ossia l'intento generale di aumentare la sicurezza delle strade e della circolazione dei veicoli attraverso un allargamento della responsabilità per danni dei proprietari degli stessi. Senza contare che, naturalmente, in base al principio del *access to evidence* il proprietario dell'automobile resta colui che è nella posizione migliore per dimostrare la propria estraneità ai fatti di causa (219).

L'altra critica che è poi possibile muovere alla *bursting bubble theory* è che invertendo solamente la ripartizione del *burden of production* rimarrebbero privi di soluzione tutti i casi in cui vi siano due presunzioni tra loro confliggenti. Ciò avviene, ad esempio, quando rispetto all'eredità di un determinato soggetto una donna reclaims il diritto alla propria quota affermando di essere la moglie, mentre un altro erede contesta il suo titolo allegando in giudizio che, in realtà, la presunta vedova si era sposata con un altro uomo già diversi anni prima del momento in cui fu contratto il matrimonio con il *de cuius*. Come è evidente, in uno scenario di questo tipo sorge un conflitto tra due presunzioni di validità del matrimonio, quello cronologicamente precedente e quello successivo, che, seguendo l'impostazione di cui stiamo parlando, sarà destinato a rimanere privo di una soluzione soddisfacente. Più in particolare, l'incapacità della tesi criticata di risolvere agevolmente questo genere di situazioni dipenderebbe da ciò che una delle conseguenze di ritenere modificabile solamente la ripartizione del *burden of production* è che le presunzioni, operando tutte sullo stesso piano, finirebbero inevitabilmente per avere lo stesso peso. Nel caso di specie, invero, le due presunzioni si annullerebbero l'una con l'altra, lasciando completamente sguarnite di tutela le esigenze di *social convenience* che comunque stanno alla base di entrambe (220).

(219) Si veda in tal senso *Manion v. Waybright*, 59 Idaho 643 (1938).

(220) Su questo discorso, che verrà comunque approfondito nel capitolo successivo, si veda il contributo di MOFFATT, *Domestic Relations: the Presumption of the Validity of the Second Marriage*, in *Marquette Law Review* 1949, vol. XXXIII, 1, 65 e ss.

L'ultima critica, infine, si ricollega a ciò che si diceva a proposito del dogma della immobilità del *burden of persuasion* predicato dalla *orthodox rule*, sulla quale poi questa teoria dell'effetto delle presunzioni sembra effettivamente fondarsi. Brevemente, siamo d'accordo con quella dottrina quando si dice che questo tipo di onere probatorio non possa essere trasferito o ritrasferito da una parte all'altra durante tutto il corso del processo, come avviene invece per il *burden of production*. Questo, tuttavia, come ci auguriamo di essere riusciti a dimostrare, attiene più che altro a quella che abbiamo indicato essere la rigidità di tale onere probatorio, mentre non escluderebbe *a priori* che il *burden of persuasion* possa in un certo senso essere considerato un onere mobile. Su questo punto, anzi, abbiamo visto come il giudice possa usare il potere di istruire i giurati per influire anche sulla ripartizione di questo secondo onere probatorio. Se quanto dicevamo in quella sede è corretto, crediamo ora che le stesse conclusioni debbano essere mantenute ferme anche per quanto riguarda l'inversione del *burden of persuasion* attuata mediante una *persuasive presumption*. In fin dei conti si tratta dello stesso fenomeno, e, da questo punto di vista, è evidente che la *bursting bubble theory* finisce per prendere le mosse da un presupposto che consideriamo errato, vale a dire l'assoluta immobilità del *burden of persuasion*.

Per lo stesso ordine di ragioni non possiamo che aderire alla dottrina che ha criticato la tesi di Thayer anche rispetto al potere del giudice di istruire i giurati sulla presenza di eventuali presunzioni e sul loro effetto. Adottando la *bursting bubble theory*, non sorge alcun problema di sorta. Invero, dato che le presunzioni dopo aver attuato l'inversione del *burden of production* spariscono, delle due l'una. O il caso non va davanti alla giuria, perché la parte onerata non riesce a vincere la presunzione sfavorevole e, dunque, un problema di istruire i giurati sul punto nemmeno si pone. Oppure, se la parte onerata riesce a offrire una *prima facie evidence* del contrario, il caso potrà eventualmente essere portato all'attenzione dei giurati come se nessuna presunzione avesse mai operato (221). Tuttavia, come si sarà ormai intuito, siamo convinti del contrario, vale a dire che le presunzioni possono invertire anche la ripartizione del *burden of persuasion*, senza che si

(221) Così THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, cit., 337-339, e WIGMORE, *Evidence*, cit., vol. IX, 288-292. Si confronti poi JAMES, HAZARD, op. cit., 332.

deroghi così all'assioma della rigidità di questo onere probatorio. Ma, non trattandosi di un onere anche assolutamente immobile, riteniamo di concordare con quella dottrina che ha riconosciuto al giudice il potere di istruire i giurati anche sulla presenza e sugli effetti di eventuali *persuasive presumptions*, allo stesso modo di come li istruirebbe su una determinata ripartizione dell'onere della prova (222).

Si noti, infine, che con l'intento di porre rimedio a tutte le difficoltà e inadeguatezze cui inevitabilmente conduce la *bursting bubble theory*, più recentemente in dottrina si è affacciata la tesi opposta, chiamata anche «*Pennsylvania rule*», o «*non-bursting bubble theory*», secondo la quale non esisterebbero più le *evidential presumptions*, ma ogni presunzione sarebbe idonea a invertire anche la ripartizione del *burden of persuasion* (223). Ma nemmeno questa seconda impostazione ci sembra del tutto convincente, poiché a volte le ragioni di *social policies* che stanno alla base delle presunzioni non sono così pressanti da rendere necessaria sempre e comunque un'inversione della ripartizione del

(222) Si confronti in tal senso ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, cit., 131: «*it would be proper to give the jury a binding instruction ... and tell them that the burden of proof as to the conclusion had shifted to the defendants*». Conformemente, MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, cit., 297 e ss.

(223) Per un inquadramento generale di questa tesi si vedano MORGAN, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation*, cit., 74 e ss., e, soprattutto, CLEARY, op. cit., 19-21, il quale parla di «*an acceptable alternative to the bursting bubble theory, a rule to the effect that the presumption prevails and the presumed fact exists unless and until the opponent produces evidence which is sufficient to support a finding of nonexistence and satisfies the trier of fact that the nonexistence of the presumed fact is more probable than its existence*». In questo senso, si confronti anche quanto sostenuto da GAUSEWITZ, op. cit., 342: «*history teaches that courts in the past have not been willing ruthlessly to adhere to a rule that merely shifts the burden of producing evidence when this would do violence to the truth of policy in a particular case*», poiché «*the Thayer rule is too weak for a presumption based upon a high degree of probability or important policy*». Da quanto ci risulta, peraltro, la teoria in esame non prende il nome dal fatto che si sia sviluppata principalmente in Pennsylvania, come invece sembrerebbe sostenere MCCORMICK, op. cit., 826, in nota. In realtà, essa ha ereditato questo nome da un caso deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1863, relativamente allo scontro avvenuto in mare aperto tra due navi, la Pennsylvania e la Mary Troop, scontro causato per colpa dell'equipaggio di quest'ultima che in una giornata di nebbia, invece di suonare il proprio *foghorn*, si limitò a segnalare la sua presenza attraverso un normale segnale visivo che, naturalmente, non venne visto. In quell'occasione, per la prima volta, si posero le basi per una presunzione idonea non solo ad invertire la ripartizione del *burden of production* rispetto alla colpa del convenuto, bensì anche quella del *burden of persuasion*: «*when ... a ship at the time of collision is in actual violation of a statutory rule intended to prevent collisions, it is no more than a reasonable presumption that the fault, if not the sole cause, was at least a contributory cause of the disaster. In such a case the burden rests upon the ship of showing not merely that her fault might not have been one of the causes, or that it probably was not, but that it could not have been*».

burden of persuasion, essendo sufficiente al fine della loro tutela la sola inversione del *burden of production*. Dal nostro punto di vista, pertanto, continua ad essere preferibile un approccio graduale, come quello adottato dai giudici di *Little v. Lynn & Marblehead Real Estate Co.* e di *Knowles v. Gilchrist Company* nel valutare l'estensione della presunzione di colpa del *bailee*, che, come abbiamo visto, è passata dall'essere considerata come una *evidential presumption* ad una *persuasive presumption*.

CAPITOLO III

ANALISI CASISTICA DELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. – Prima Sezione. Il diritto di famiglia. 2. *Le impugnazioni di testamento. La prova della sanity del testatore*. – 3. (segue) *La prova della undue influence del terzo e della insane delusion del testatore*. – 4. *Le impugnazioni della validità del matrimonio nei bigamy issues*. – Seconda sezione. Il diritto dei contratti. 5. *Le azioni fondate sull'inadempimento contrattuale e la prova del breach of contract. I contratti di bailment*. – 6. *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni fondate sui contratti di assicurazione: excepted causes e warranty clauses*. – Terza Sezione. La responsabilità extracontrattuale. 7. *La ripartizione dell'onere della prova nei casi di negligence: regola generale e sue deviazioni. La presunzione di colpa del carrier rispetto al danno subito dal passenger*. – 8. *La presunzione di colpa del danneggiante in altre fattispecie*. – 9. *La ripartizione dell'onere della prova della contributory negligence*.

1. *Introduzione*. – Giunti a questo punto, e chiudendo la parte dedicata all'analisi teorica dei principali istituti relativi alla ripartizione dell'onere della prova negli ordinamenti di *common law*, dobbiamo ora concentrare la nostra attenzione sull'ultimo snodo di questa nostra ricerca, andando a vedere come viene concretamente allocato il *burden of proof* da parte della giurisprudenza americana.

Si tratta naturalmente di un tema di una vastità sterminata, considerando che un problema di allocazione degli oneri probatori tra le parti si pone sostanzialmente in ogni processo, indipendentemente dal tipo di diritto fatto valere. Non solo, ma, come abbiamo avuto modo di vedere nel primo capitolo, un problema di questo tipo si pone autonomamente per ogni singolo fatto giuridico allegato in giudizio da una parte e contestato dall'altra, vale a dire per ogni *fact in issue*, creando in ultima istanza un fitto intreccio di distribuzione di oneri probatori non facilmente districabile.

Nella consapevolezza di non poter ambire a prendere in considerazione tutta la casistica esistente su questo argomento, abbiamo comunque tentato di fornire uno sguardo d'insieme che fosse il più completo possibile, oltre che essere idoneo a porre in risalto le conclusioni che abbiamo raggiunto nella parte teorica del lavoro. Ci riferiamo, naturalmente, all'applicazione dei vari *tests* giurisprudenziali forgiati dalla giurisprudenza per guidare il giudice nella ripartizione dell'onere della prova, alle ragioni che ne stanno a

fondamento e di come in sostanza siano tra loro contrastanti, anche in considerazione dell'operare di determinate presunzioni. Ma la conferma più importante che abbiamo avuto è che nel testo di ogni decisione, e, dove presenti, nel testo di ogni singola istruzione data ai giurati, emerge più o meno chiaramente quanto dicevamo a proposito di ciò che tutto il problema della ripartizione dell'onere della prova sia in realtà un problema di bilanciamento di valori, valori a loro volta espressi da particolari ragioni di *social policies* riconosciute e fatte proprie dal giudice.

Peraltro, al fine di avere uno sguardo d'insieme che fosse anche sufficientemente chiaro, abbiamo scelto di suddividere il presente capitolo in tre distinte sezioni.

La prima sezione ha ad oggetto alcune fattispecie che possono essere ricondotte all'alveo del diritto di famiglia. Più in particolare, considerati gli spunti di riflessione che ci è parso possibile ricavarne, abbiamo deciso di approfondire la questione dell'impugnazione di un testamento fondata sulla presunta incapacità del testatore e quella dell'impugnazione della legittimità del matrimonio. Rispetto a questo secondo argomento abbiamo poi ritenuto opportuno concentrare la nostra attenzione solamente su un aspetto particolare del fenomeno, che negli ordinamenti di *common law* assume il nome di «*bigamy issue*». Come si vedrà, si tratta dell'ipotesi in cui l'impugnazione del vincolo matrimoniale sia fondata su un particolare fatto giuridico, vale a dire l'esistenza di un altro matrimonio del quale sia parte uno dei coniugi del matrimonio impugnato.

La seconda sezione, invece, è dedicata all'analisi dei principali problemi che sorgono rispetto alla ripartizione dell'onere della prova in tema di responsabilità contrattuale, specialmente con riferimento all'inadempimento di una delle parti. Nell'ambito di tale sezione abbiamo fatto riferimento principalmente a due figure contrattuali, vale a dire i contratti di *bailment* e i contratti di assicurazione.

Nell'ultima sezione, infine, abbiamo approfondito i profili più complessi della ripartizione dell'onere della prova nei giudizi aventi ad oggetto la responsabilità aquiliana, vale a dire la responsabilità per *tort*. Qui, effettivamente, dopo aver preso atto della ingestibile eterogeneità della casistica giurisprudenziale, abbiamo scelto di seguire una impostazione affatto diversa. In altri termini, questa sezione è interamente attraversata da

un unico filo rosso, vale a dire il continuo scontro tra la presunzione di *negligence* del danneggiante e la maggior parte degli altri *tests* giurisprudenziali. Peraltro, solamente in alcuni casi l'applicazione di quella presunzione ci è sembrata essere sorretta da ragioni effettivamente giustificabili, mentre in altre occasioni è apparsa più che altro come una forzatura della giurisprudenza, interessata solamente ad allocare l'onere della prova in un certo modo.

2. *Le impugnazioni di testamento. La prova della sanity del testatore.* – Con riferimento alla materia delle successioni testamentarie («wills»), i principali *material facts* rispetto ai quali si dibatte a proposito dell’allocazione degli oneri probatori sono essenzialmente quelli che attengono alla validità del testamento e alla capacità del testatore di disporre delle proprie sostanze attraverso questo peculiare negozio giuridico. Si tratta *in primis* della «sanity», o «*mental capacity*» di quest’ultimo, ossia l’esistenza di una sua attuale capacità di intendere e di volere nel momento in cui ha formato il testamento. In questo senso, quindi, si potrà dire che un testatore era verosimilmente *sane* quando egli ha costituito volontariamente il negozio testamentario, rappresentandosi in modo preciso e dettagliato tutti i trasferimenti di diritti che stava andando a compiere a vantaggio dei beneficiari e a discapito di altri soggetti, esclusi dal testamento. La *sanity* di un testatore, peraltro, quantunque positivamente esistente, potrà poi eventualmente essere esclusa in tutto o in parte da una «*undue influence*», ossia l’indebita circonvenzione esercitata da un terzo soggetto, oltre che da una «*insane delusion*», vale a dire un singolo aspetto delirante della sua personalità.

Da un punto di vista processuale, lo scenario più frequente in cui può capitare di discutere della corretta allocazione del *burden of proof* rispetto a tutti questi fatti giuridici è quello in cui il testamento venga impugnato da un altro erede del *de cuius*, sia esso un erede legittimo ovvero un erede che fondi la sua pretesa successoria su di un altro testamento, incompatibile con quello impugnato. Ma può anche accadere che tali questioni vengano in rilievo in altre ipotesi, come ad esempio nei giudizi instaurati contro l’esecutore testamentario al fine di censurarne il lavoro.

Così impostato il discorso, è opportuno partire dall’analisi delle decisioni più rilevanti in merito alla ripartizione dell’onere della prova del fatto *sanity*, osservando anzitutto che, rispetto a tale fatto giuridico, la parte interessata a difendere la validità del

testamento avrà interesse a dimostrarne l'esistenza, mentre la parte che impugna la scheda testamentaria sarà, all'opposto, interessata a dimostrarne l'inesistenza. Con riferimento all'allocazione dell'onere della prova di tale fatto giuridico, come si vedrà, si ripropone nuovamente quanto abbiamo visto nel secondo capitolo a proposito del contrasto tra alcuni dei vari *tests* giurisprudenziali utilizzati per ripartire il *burden of proof* tra le parti. Più in particolare, da tutte le decisioni che abbiamo esaminato emerge chiaramente che nei casi di specie vi è un continuo contrasto tra la teoria delle negative e la generale presunzione di *sanity*, con qualche sfumatura del principio della vicinanza alla prova e del criterio della *probability*, oltre, naturalmente, all'operare di alcune presunzioni fondate su più o meno condivisibili ragioni di *social policies*.

In breve, secondo una parte della giurisprudenza dovrebbe essere posto in capo a colui che ha interesse a difendere la validità del testamento impugnato, solitamente chiamato «*proponent*», l'onere di provare la *sanity* del testatore, in quanto sarebbe colui che formula la proposizione fattuale di segno positivo, affermando la positiva esistenza del fatto giuridico che deve essere provato. In altre giurisdizioni, al contrario, si decide di applicare anche alla materia testamentaria la generale presunzione di *sanity*. Si tratta di una presunzione sorretta dall'esigenza per cui, per il bene dell'intero ordinamento, i rapporti giuridici devono svolgersi nel modo più sciolto possibile, e, proprio per questo, ogni soggetto deve presumersi come capace di intendere e di volere fino a che non venga dimostrato il contrario. Conseguentemente, ogni atto giuridico deve considerarsi valido perché compiuto da una persona nel pieno possesso delle sue facoltà fisiche e mentali, finché non venga dimostrata la sua *insanity*. È peraltro evidente che, così facendo, si finisce per onerare colui che contesti la validità di un atto della prova di un fatto negativo, segnatamente l'inesistenza della *mental capacity* dell'autore dell'atto nel momento in cui quest'ultimo è stato compiuto. In seno a tale secondo orientamento giurisprudenziale si dibatte poi intorno al contenuto ed agli effetti concreti che la presunzione di *sanity* sarebbe idonea a produrre nello specifico ambito della materia testamentaria, non essendo ancora chiaro se essa operi automaticamente, ovvero a condizione che sia preliminarmente

dimostrata l'esistenza di alcune circostanze di fatto, e, soprattutto, se essa debba essere considerata come una *evidential presumption* o come una *persuasive presumption*.

Volgendo lo sguardo al vasto panorama dei precedenti giurisprudenziali degli Stati Uniti, rispetto alla prima tesi che abbiamo delineato ci sembrano assolutamente fondamentali quantomeno due decisioni, *Delafield v. Perish* e *Crowninshield v. Crowninshield*. La prima pronuncia è una decisione della Corte di Appello dello Stato di New York del 1862, ed assume una certa rilevanza in una prospettiva storica in quanto la questione della ripartizione dell'onere della prova della *sanity* del testatore viene risolta alla luce di alcuni risalenti precedenti delle corti inglesi. La seconda, invece, è una decisione dalla Corte Suprema del Massachusetts del 1854, e assume notevole importanza da un punto di vista eminentemente pratico.

Delafield v. Perish è la complessa vicenda di un soggetto, Henry Perish, che qualche anno dopo aver disposto delle sue proprietà con un primo testamento del 1842, mentre era ancora nel pieno possesso di tutte le sue facoltà fisiche e mentali, fu vittima di un violento attacco di paralisi, che lo costrinse da quel giorno sino alla morte a comunicare con i suoi cari perlopiù a gesti e suoni difficilmente decifrabili (224). Quando il testatore si trovava in questo stato furono successivamente formati altri tre testamenti, l'ultimo dei quali, redatto nel 1854, disponeva la revoca delle disposizioni in favore dei due fratelli del testatore, contenute nel primo testamento, ad esclusivo beneficio della moglie di Henry Perish. Quest'ultima peraltro, a partire dallo sfortunato evento che colpì il marito, divenne l'effettiva amministratrice delle sue proprietà. Proprio per tale motivo, nel giudizio di impugnazione dell'ultimo testamento instaurato dai fratelli del *de cuius*, i punti di fatto controversi risultavano essere sostanzialmente due. Si sosteneva, in via principale, che il testamento del 1854 avrebbe anzitutto dovuto considerarsi invalido per difetto di *mental capacity* del testatore. In subordine, si osservava che se anche fosse stato accertato che il testatore era nel pieno possesso della capacità di intendere e di volere nel 1854, tuttavia si

(224) *Delafield v. Perish*, 29 N.Y. 9 (N.Y. 1862).

sarebbe dovuto riconoscere che la sua libera volontà sarebbe stata indebitamente coartata dalla moglie, non a caso figurante come beneficiaria nel testamento impugnato.

In primo grado l'impugnazione fu accolta, e il testamento fu dichiarato nullo sul motivo per cui nel 1854 il testatore doveva ritenersi *insane*. Questa posizione fu poi confermata anche dal collegio d'appello con la decisione che stiamo esaminando. Più in particolare, dato che al termine dell'istruttoria permaneva il dubbio se il fatto giuridico della *sanity* fosse esistente oppure no, essendo comunque stato dimostrato che, a partire dal momento di quello sfortunato evento e fino alla sua morte il testatore non avesse mai più svolto nemmeno una singola transazione commerciale senza l'intercessione della moglie, fu chiaro che la decisione avrebbe dovuto essere presa in base alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova (225). Si stabilì che incombeva alla moglie, ossia alla parte interessata a difendere la validità del testamento impugnato, l'onere di dimostrare che il testatore fosse in possesso della capacità di testare, facendo riferimento principalmente alla più classica delle ragioni che abbiamo visto essere alla base della dottrina delle negative. L'onere della prova, in altre parole, deve essere posto in capo a chi afferma che un fatto si è verificato in un certo modo, piuttosto che in capo a chi sostiene che non si è verificato affatto, poiché quest'ultimo, altrimenti, verrebbe a trovarsi in una posizione istruttoria particolarmente spiacevole, dovendo fornire la prova di un fatto negativo, ossia di un qualcosa che non si è verificato, prova che, come ben sappiamo, viene ancora oggi considerata dai più come estremamente complessa, quando non addirittura *diabolica* (226).

(225) Così nel linguaggio, per un verso anche poetico, della Corte: «*the facts testified to are of such character ... to leave great doubt on the mind that Mr. Perish, after his attack, was any thing more than the creature of habit, the reflex of the opinions and wishes of others, the clay in the hands of the potter, to be molded into any shape or form desired*».

(226) A tal proposito, possono considerarsi emblematici i seguenti passaggi, entrambi tratti della decisione della Corte: «*Upon whom, then, is the affirmative? The party offering the will for probate says in effect, This instrument was executed with the requisite formalities, by one of full age and of sound mind – and he must prove it*»; «*if, however, the conscience of the court ... is not judicially satisfied ... the court is bound to pronounce its opinion that the instruments are not entitled to probate*» (corsivo nel testo della decisione).

Ma la vera particolarità di questa decisione, come abbiamo già detto, è da ricercarsi più che altro a monte di tali conclusioni, e specialmente in ciò che il dotto collegio d'appello, per confermare la decisione di primo grado, si è richiamato ai vecchi precedenti giurisprudenziali delle corti inglesi. Da tale ricostruzione storica apprendiamo fra le altre cose che l'onere della prova della *sanity* del testatore è stato posto in capo al *proponent* sulla base della dottrina delle negative in almeno quattro decisioni: *Barry v. Butlin*, *Browning v. Budd*, *Panton v. Williams* e *Baker v. Butt* (227). Non solo, ma in *Panton v. Williams* si ebbe anche modo di fare un cenno al principio del *access to evidence*. In altri termini, per simili ragioni di economia processuale l'onere della prova della *sanity* del testatore dovrebbe essere posto in capo a coloro che sul testamento intendono fondare la propria pretesa testamentaria poiché, altrimenti, chi ne contesta la validità verrebbe a trovarsi in una posizione di grave svantaggio da punto di vista istruttorio. Questi, invero, rischierebbe di non riuscire a spiegare come si siano svolti certi fatti storici, attinenti più direttamente alla sfera giuridica del testatore, essendo così costretto in ultima istanza ad abbandonare determinati argomenti o determinate intuizioni per evitare il rischio di non riuscire poi a fornirne la relativa prova (228).

(227) I riferimenti completi delle decisioni che citiamo nel testo sono i seguenti: *Barry v. Butlin*, 1 Curt. 637, 163 E.R. 223 («*the onus probandi, lies in every case upon the party propounding the will, and he must satisfy the conscience of the court that the instrument so propounded is the last will of a free and capable testator*»), citato anche da THAYER, *Selected Cases on Evidence at the Common Law*, cit., 61-66; *Browning v. Budd*, 6 Moore P.C. 430, 13 E.R. 749 («*the burden of proof lies upon the party propounding a will*»); *Panton v. Williams*, 1 Curt. 530, 163 E.R. 498 («*the proof being upon the party propounding any testamentary writing, the course of administration directed by the law is to prevail against him who cannot satisfy the conscience of the Court of Probate*»), e *Baker v. Butt*, 2 Moore P.C. 317 («*in a court of probate, where the onus probandi most undoubtedly lies upon the party propounding the will, if the conscience of the Judge, upon a careful and accurate consideration of all the evidence, on both sides, is not judicially satisfied that the paper in question does contain the last will and testament of the deceased, the court is bound to pronounce its opinion*»: corsivo nel testo originario della pronuncia). Per quanto riguarda la dottrina, tale tesi è stata sostenuta da THORNTON, *A monograph on the law of lost wills*, Chicago 1890, 72 e ss., il quale peraltro precisa che il *burden of persuasion* in capo al *proponent* dovrebbe essere soddisfatto seguendo lo standard probatorio della *evidence clear and convincing*: «*the burden of proving the execution and existence of the will is upon the propounder to prove by strong, positive and convincing evidences*».

(228) Così in *Panton v. Williams*: «*it is much less material that those who seek to impeach a testamentary instrument should be unable to explain certain things in their case, and should be forced to admit that their argument is not in every point consistent with all the facts, that that who seek to establish the will should give*

Prendendo ora in esame l'altra decisione che abbiamo indicato, *Crowninshield v. Crowninshield*, è nostra convinzione che si sia posto qui un ulteriore, importante tassello a sostegno della tesi che vuole addossare l'onere della prova della *sanity* del testatore su chi difende la validità del testamento, che nel giudizio di impugnazione del medesimo assume le vesti del convenuto. In quell'occasione, criticando le posizioni dell'altro orientamento, si osservò che la generale presunzione di *sanity* non potrebbe trovare applicazione anche nell'ambito delle successioni testamentarie, poiché i testamenti il più delle volte vengono fatti «*in extremis*», vale a dire in un momento in cui il soggetto che compie l'atto si trova in condizioni di prostrazione fisica e mentale, eventualmente dovute anche all'età, che certamente non consentono di presumere che egli sia di «*sound and disposing mind*». Proprio per questo, si dice, se da tali circostanze fosse possibile indurre lo stato fisico e psicologico del testatore, ad essere presunta fino a dimostrazione del contrario dovrebbe essere piuttosto l'*insanity* del medesimo. Non solo, ma l'esistenza di una sorta di presunzione di *insanity* sarebbe anche la vera ragione che sta alla base della regola, prevista in diversi Stati, per cui, ai fini della ritualità della formazione del testamento, è necessaria la presenza di almeno tre testimoni. La loro presenza, in altre parole, servirebbe per garantire che le ultime volontà del testatore siano effettivamente quelle contenute nel documento, ma, e questo è il punto, tale garanzia si renderebbe necessaria proprio perché la legge è consapevole del fatto che chi sta disponendo dei suoi diritti attraverso un negozio testamentario è probabile che non sia più nel pieno possesso delle proprie facoltà, dovendo pertanto essere assistito da tre persone di sua fiducia (229). Si tratta di

no rational, consistent, or intelligible solution of those difficulties which ... obstruct the path towards the conclusion they would have us arrive at».

(229) *Crowninshiled v. Crowninshield*, 2 Gray 524: «*there are strong reasons why the same presumption as to sanity should not attach to wills as to deeds in ordinary contracts. Wills are supposed to be made in extremis ... a large proportion of them are made when the mind is to some extent enfeebled by sickness or old age. It is for this reason that the execution of the will and the proof of its execution are invested with more solemnity, the statute requiring it to be attested by three or more witnesses ... making void all beneficial devises, legacies or gifts to such interested witnesses, and requiring the presence of the three in probate court for its proof*» (enfasi nostra). La decisione è citata anche da THAYER, op. cit., 73-78. Nello stesso senso, è poi possibile tenere in considerazione quanto affermato dal giudice Beatty nella sua interessantissima *dissenting opinion* nel caso *Estate of Latour*, 140 Cal. 414 (1903): «*it certainly cannot be*

un'intuizione davvero penetrante, difficilmente contestabile dai sostenitori della tesi opposta. Non è un caso, dunque, se tale impostazione, oltre che essere mantenuta ferma nel Massachusetts, come dimostrano ad esempio *Baxter v. Abbot* e *Genovese v. Genovese*, sia poi stata via via applicata anche in altre giurisdizioni. Si vedano a tal proposito *Rigg v. Wilton* per l'Illinois, *Cramer v. Crambaugh* per il Maryland, *Cilley v. Cilley* per il Maine, e *Brumbaugh v. Barber* per l'Oregon (230).

Tra gli Stati ove si considera prevalente la presunzione di *sanity* rispetto alla dottrina delle negative, invece, deve essere anzitutto considerato il Connecticut. Invero, il *leading case* in materia sembrerebbe essere ancora una decisione della Corte Suprema di questo Stato del 1893, ove viene delineato in modo particolarmente approfondito il funzionamento concreto di tale presunzione: *Barber's Appeal from Probate* (231).

Si tratta di un giudizio di impugnazione proposto dagli eredi testamentari contro un *probate decree* della *Probate Court* del distretto di Hartford, mediante il quale veniva accolta l'impugnazione del testamento di tale James S. Barber sul presupposto dell'inesistenza della sua capacità di intendere e di volere nel momento in cui il negozio testamentario veniva formato. Gli appellanti fondavano la propria impugnazione su diversi punti, ma quello che più ci interessa in questa sede è la censura rispetto ad un presunto errore commesso dal *Judge of probate* in occasione delle istruzioni ai giurati sulla ripartizione dell'onere della prova. Più in particolare, si denunciava il fatto che i giurati sarebbero stati istruiti in maniera assolutamente generica e, proprio per questo, imprecisa, nel senso che

claimed that there is a presumption of testacy, and, if not, it is difficult to perceive any reason for requiring the contestant of a will to go forward with proof of that which is presumed in absence of proof, viz., that there is no will.

(230) I riferimenti completi delle decisioni che citiamo nel testo sono i seguenti: *Baxter v. Abbot*, 7 Gray 83; *Genovese v. Genovese*, 338 Mass. 50 (1958); *Rigg v. Wilton*, 13 Illinois 15; *Cramer v. Crambaugh*, 3 Maryland 491; *Cilley v. Cilley*, 34 Maine 162, e *Brumbaugh v. Barber*, 135 Or. 392 (Or. 1931). Si noti, poi, che era questa la situazione anche nel Michigan, almeno fino al 1915. A partire da quell'anno, la materia della ripartizione dell'onere della prova della *sanity* del testatore veniva regolata da un nuovo testo legislativo, il *Judicature Act*, che l'ha espressamente posta in capo alla parte che contesta il testamento in forza dell'applicazione della presunzione di *sanity*. Pur non essendo più in vigore quel testo legislativo, la giurisprudenza delle corti del Michigan continua ad essere orientata in tal senso.

(231) *Barber's Appeal from Probate*, 63 Conn. 393 (1893).

l'onere della prova della *sanity* avrebbe dovuto considerarsi come ricadente in ogni caso su chi intenda difendere la validità del testamento (232). Nonostante si parlasse in generale di «*burden of proof*», dunque, il significato dell'espressione «in ogni caso» («*in every case*»), utilizzata nella decisione, in un certo obbligava a trarre la seguente conclusione: il soggetto che è interessato alla conservazione del testamento, convenuto nel giudizio di impugnazione del medesimo, rispetto al fatto *sanity* avrebbe dovuto sopportare tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*.

La Corte Suprema riformò la decisione impugnata accogliendo fra i vari motivi sollevati dagli impugnanti proprio quello relativo alla errata ripartizione dell'onere della prova. In quell'occasione si stabilì anzitutto che le esigenze sottese alla presunzione di *sanity* dovessero ritenersi prevalenti rispetto alle prerogative della dottrina delle negative anche nella materia testamentaria. La legge, si dice, stabilisce che tutte le persone di una certa età e in possesso delle normali facoltà di intendere e di volere possono redigere un testamento. Pertanto, secondo le regole generali, è onere di coloro che su quel testamento intendano fondare la propria pretesa ereditaria dimostrare che entrambi questi requisiti erano presenti nella persona del testatore; il che significa, in altre parole, che l'esistenza di quegli elementi è necessaria ai fini della validità del testamento, e la validità del testamento, a sua volta, è un elemento costitutivo della *cause of action* degli eredi testamentari. Peraltro, ed è questo il punto, la legge presume fino a prova contraria che ogni soggetto sia in possesso di quelle facoltà. Ciò comporta, a detta della Corte, non tanto una estromissione di tale fatto giuridico dalla fattispecie costitutiva del titolo dell'erede testamentario, quanto piuttosto una semplice *relevatio ab onere probandi* rispetto alla *sanity* del testatore. Si tratterebbe di un risultato che deve essere mantenuto fermo, nonostante la sua più evidente conseguenza sia quella di imporre a colui che impugna il testamento l'onere della

(232) Riportiamo questo passaggio delle istruzioni date dal *Judge of probate* ai giurati, così come è stato trascritto nel testo della decisione della Corte Suprema: «*the burden of proof as to the soundness of mind of the testator lies, in every case, on the parties relying on the will, and they must satisfy you that it is the will of a capable testator, and ... when the whole matter is before you on the evidence given on both sides, it is left uncertain whether or not the testator was of sound mind, then it is left uncertain whether a person of sound mind ... has made the will, and the will should not be sustained*».

prova di un fatto negativo, qual è senz'altro l'assenza della capacità di intendere e di volere del testatore (233). Possiamo dunque dire che questa decisione della Corte Suprema del Connecticut si allinea a ciò che si afferma nella giurisdizione del Michigan, dove molto correttamente si è detto che la natura negativa di un fatto non sarebbe idonea, di per sé, ad incidere sulla ripartizione degli oneri probatori, provocandone indebite inversioni o comunque alterandone la naturale allocazione, essendo semmai idonea ad operare sul ben diverso piano della valutazione delle prove. In altri termini, l'unico effetto della natura negativa del fatto da provare sarebbe quello di ritenere sufficiente, ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova, un quantitativo di *evidence* inferiore rispetto a ciò che normalmente si richiede quando a dover essere provata è la declinazione positiva di quello stesso fatto giuridico, vale a dire la sua esistenza. Si veda in tal senso *Taff v. Hosmer* (234).

Non solo, ma dopo aver optato per la prevalenza della presunzione di *sanity* rispetto alla dottrina delle negative, la Corte Suprema ebbe poi modo di specificare due particolarità dell'applicazione di tale presunzione nel Connecticut. Anzitutto, si avrebbe qui a che fare con una *evidential presumption*, e la *sanity* del testatore sarebbe da presumersi fino a che colui che impugna il testamento non offra una *prima facie evidence* del contrario. Nel caso in cui sia effettivamente fornita una *prima facie evidence* della *insanity* del testatore, l'erede testamentario verrebbe naturalmente a trovarsi nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se tale presunzione non avesse mai operato, dovendo pertanto assolvere il *burden of production* relativo alla *sanity*, *burden of production* che, giova ricordarlo, gli è stato ritrasferito dall'impugnante nel momento in cui ha vinto la presunzione sfavorevole. Il

(233) Così al testo della decisione: «*The statute provides that all person of a certain age and of sound mind may make wills. It is therefore incumbent on the proponents to prove that the alleged testator was of sound mind. But the law presumes every person to be so until the contrary is shown, and this presumption is of probative force in favor of the proponents of the will*» (enfasi nostra). In senso analogo, si veda quanto affermato dal giudice Galud, nella sua *dissenting opinion* in *Delafield v. Parish*, a proposito della conformità della presunzione di *sanity* al criterio della *probability*: «*a man is, in law, a "reasonable being", until the contrary is proved. That sanity pertaining to his natural state ... the party who asserts that a freak of nature, or the accession of disease, has deprived him of that attribute, or changed that state must prove it*».

(234) *Taff v. Hosmer*, 14 Mich. 309, dove si è sostenuto per l'appunto che «*to prove that the decedent was not insane is to prove that an exceptional state of facts did not exist ... is to prove a negative, and on general principle very slight evidence only should be demanded of the party called upon to prove such a state of facts*».

burden of persuasion, invece, dall'inizio del giudizio di impugnazione e fino alla sua definizione resterebbe sempre ben saldo in capo all'erede testamentario (235). Al contrario, in altre giurisdizioni, oltre che nel diritto federale, si sostiene proprio l'opposto, ossia che la presunzione di *sanity* sarebbe una *persuasive presumption*. In questo senso, si vedano per il diritto federale *Brosnan v. Brosnan*, per la Virginia, *Redford v. Booker* e per l'Illinois *Langwisch v. Langwisch* (236). In altre ancora, invece, i giudici non specificano di quale onere si stia parlando, sì che, in ultima istanza, non è nemmeno possibile comprendere in quale categoria concettuale venga ricondotta la *presumption of sanity*. Ciò

(235) Così di nuovo in *Barber's Appeal from Probate*: «*When the case was closed upon the evidence what would be the situation of the parties? The burden of proof as to the capacity would remain upon the proponents. In their favor in discharge of that burden would be the presumption of sanity, valid until overcome by opposing proofs*». Si noti che gli appellati, vale a dire coloro che sostenevano l'invalidità del testamento, al fine di offrire una *prima facie evidence* del difetto di *sanity* del testatore e vincere così la presunzione sfavorevole chiamarono a testimoniare un certo Parker, il quale depose su di un comportamento bizzarro, o quantomeno inusuale, tenuto da James S. Barber durante una compravendita di radici di tabacco. Più precisamente, dopo che egli gli consegnò una certa quantità di radici, James S. Barber si rifiutò di pagarle perché sostanzialmente la maggior parte di esse, una volta piantate, furono poi portate via dal vento, sì che «*they had therefore done him no good*». Dagli atti di causa apprendiamo che questa testimonianza fu considerata inidonea a superare la presunzione di *sanity* poiché gli eredi testamentari produssero in giudizio una ricevuta di pagamento proveniente dallo stesso Parker, relativa proprio a quella transazione.

La tesi della natura *evidential* della presunzione di *sanity* è attualmente la regola nella giurisdizione del Connecticut, con riferimento alla quale è possibile qui richiamare anche *Brennan v. Cassidy*, 99 Conn. 422 (1923). Inoltre, essa è stata applicata anche nell'Arkansas, in *Schrimer v. Baldwin*, 182 Ark. 581; nella California, in *Estate of Relph*, 192 Cal. 451 (1923); nel Missouri, in *Curry v. Lucas*, 181 Miss. 720 (1938); nell'Oregon, in *In re Estate of Riggs*, 120 Or. 38 (1926), e, infine, nel Wisconsin, in *Allen v. Griffin*, 69 Wis. 529, 35 N.W. 21 (1887), *Will of Faulks*, 246 Wis. 319, 17 N.W. 2d 423 (1943) e *Estate of Bickner*, 259 Wis. 425, 49 N.W. 2d 404 (1951). Le decisioni del Wisconsin sono tutte citate nello scritto di ULRICH, *The Burden of Proof as to Testamentary Capacity in Wisconsin*, cit., 219 e ss., dove si afferma proprio che «*the proponent has the burden of proving testamentary capacity in the primary sense*», vale a dire il *burden of persuasion*; egli, peraltro, «*is ... aided by a presumption of sanity arising from the presence of an attestation clause in the will. This presumption meets his burden in the secondary sense which initially rests upon him. The burden shifts to the contestant with the showing of an attestation clause in the will*».

(236) *Brosnan v. Brosnan*, 263 U.S. 345; *Redford v. Booker*, 166 Va. 561 (1936); *Langwisch v. Langwisch*, 361 Ill. 632 (1935).

vale, ad esempio, per il Michigan, come dimostrano *Brereton v. Estate of Glazeby* e *In re Leech's Estate* (237).

In seconda battuta, poi, si precisò che non si tratterebbe di una presunzione in grado di operare automaticamente, bensì solamente a certe condizioni. Richiamandosi a quanto sostenuto sempre nel Connecticut in *Knox's Appeal*, si osservò che la generale presunzione di *sanity*, quando viene applicata a situazioni ricollegabili alla materia testamentaria, deve comunque fare i conti con quelle che sono le circostanze del caso concreto e, segnatamente, con il fatto che nella maggior parte dei casi quando il testamento viene redatto colui che lo redige si trova in condizioni di prostrazione fisica e mentale più o meno critiche, idonee ad influire negativamente sull'estrinsecazione della sua libera volontà di disporre delle proprie sostanze attraverso il testamento. Come abbiamo già visto, secondo taluni sarebbe proprio per questo motivo che la legge prescrive la presenza di tre testimoni per il perfezionamento del testamento. Sul piano processuale, la diretta conseguenza della necessaria presenza dei testimoni è che gli stessi dovranno essere chiamati a deporre sulla ritualità del procedimento di formazione della scheda testamentaria tutte le volte in cui sia messa in discussione la *soundness of mind* del testatore e, qualora ciò non avvenga, la presunzione di *sanity* non potrà considerarsi operante (238). Questa impostazione relativamente all'operatività della presunzione di *sanity* nella materia testamentaria, e specialmente nei giudizi di impugnazione del testamento, è attualmente la posizione della giurisprudenza del Connecticut, essendo stata via via ripresa fra l'altro in *Di Biase v. Garnsey*, in *Jackson v. Waller*, in *Johnson v. Toscano* e in

(237) *Brereton v. Estate of Glazeby*, 251 Mich. 234 (Mich. 1930): «*in proceedings for the probate of a will, mental competency is presumed as in other cases, and the burden of proof is upon the contestants to show lack of such competency*»; *In re Leech's Estate*, 277 Mich. 299 (Mich. 1936). Similmente avviene in Oklahoma: *In re Will of Son-Se-Gra*, 78 Okla. 213 (Okla. 1920); *In re Free's Estate*, 181 Okla. 564 (Okla. 1938).

(238) *Knox's Appeal*, 26 Conn. 22: «*the making of a will is of so much importance, and it is so often, not to say so generally, done under circumstances of great bodily debility, likely to produce more or less mental derangement, that the statute has very properly required three witness ... Having required them, it is natural to hold that they should be called or their absence legally accounted for. Failure to do this would raise a natural inference against the validity of the will, which would properly go very far to overcome the presumption of law in its favor*».

Shulman v. Shulman, nonché di quella dell'Illinois: *Millage v. Noble* (239). Si tratta comunque di una visuale che si discosta sensibilmente da ciò che si dice in altre giurisdizioni, come ad esempio nel New Hampshire, dove si sostiene che la presunzione di *sanity* continuerebbe ad operare automaticamente anche nella materia testamentaria, prescindendo da una preliminare deposizione dei testimoni sulla ritualità del procedimento di formazione del testamento impugnato (240).

Come abbiamo già avuto modo di osservare, la grave disfunzione cui conduce la piana applicazione della presunzione di *sanity* anche nella materia testamentaria è che si finisce per onerare chi impugna il testamento della prova di un fatto negativo, in spregio ai dettami della dottrina delle negative. Per quanto ci riguarda, abbiamo già avuto modo di dire che il rigido brocardo *negativa non sunt probanda* avrebbe oggi perso gran parte di quello che era il suo fascino originario, e che la natura negativa di un fatto, semmai, sarebbe idonea solamente ad incidere sul piano della valutazione delle prove, ma non più su quello dell'allocazione degli oneri probatori. Tuttavia, è nostro dovere rendere qui conto del tentativo compiuto da una parte della giurisprudenza americana di superare anche tale scoglio argomentativo, sostenendo in sostanza che, in realtà, l'applicazione della

(239) *Di Biase v. Garnsey*, 106 Conn. 86 (1927); *Jackson v. Waller*, 126 Conn. 294 (1940); *Johnson v. Toscano*, 144 Conn. 582 (1957); *Shulman v. Shulman*, 150 Conn. 651 (1963); *Millage v. Noble*, 334 Ill. 315 (1929). Su questo punto si tenga poi in considerazione una decisione della Corte Suprema dell'Alabama, *Reynolds v. Massey*, 219 Ala. 265 (1929), dove oltre a tenere ferma tale posizione si spiega meglio la ragione per la quale l'operare della presunzione di *sanity* sarebbe condizionata alla deposizione degli stessi soggetti che hanno assistito il testatore nella formazione del negozio testamentario. In buona parte ciò deriverebbe dall'applicazione del ben noto principio della c.d. «*best evidence*», in forza del quale la testimonianza di tali soggetti è evidentemente la prova potenzialmente più attendibile intorno alla sussistenza o meno della *sanity* del testatore nel momento in cui fu formato il testamento. Proprio per questo, essi devono necessariamente essere chiamati a deporre su tutti tali fatti ogniqualvolta sia possibile, e la loro deposizione dovrebbe essere elevata addirittura a condizione di applicabilità della stessa presunzione di *sanity*. Senza un preliminare positivo riscontro sullo *status* mentale della persona del testatore da parte delle persone di sua fiducia che lo hanno assistito durante la formazione del testamento tale presunzione non avrebbe alcuna ragione di operare. Conformemente *Day v. Henderson*, 224 S.W. 248 (Tex. Civ. App. 1920).

(240) *Perkins v. Perkins*, 39 N. Hamp. 163: «*the party propounding a will of probate is under no general duty to offer any evidence of the testator's sanity, but may safely rely upon the presumption of law that all men are sane until some evidence of the contrary is offered*».

presunzione di *sanity* non condurrebbe alla *impasse* della prova di un fatto negativo. Più in particolare, si è sostenuto che in applicazione di quella presunzione chi impugna il testamento sarebbe onerato della prova della «*insanity*», ovvero di una «mente malata, innaturale» («*a diseased, unnatural mind*»), il che non rispecchierebbe il semplice contrario della *sanity*, ma sarebbe un autonomo fatto giuridico, di natura positiva (241). Si tratta peraltro di un tentativo che non ci pare condivisibile. Siamo convinti, all'opposto, che *sanity* e *insanity* continuino ad essere le due diverse declinazioni del medesimo fatto giuridico, l'una in positivo, vale a dire la sua esistenza, l'altra in negativo, vale a dire la sua inesistenza, sì che, come due facce della medesima medaglia, l'una si identifica nel rovescio dell'altra e viceversa.

(241) Si veda in tal senso l'interessante *dissenting opinion* del giudice Gauld in *Delafield v. Parish*: «*Insanity, or a diseased, unnatural mind, is not a mere negative of sanity. It is an actual, positive mental state, and admits of quite as direct positive proof as could sanity*».

3. (Segue) *La prova della undue influence del terzo e della insane delusion del testatore.* – Tra le circostanze fattuali idonee ad influenzare negativamente in tutto o in parte la libera volontà di un soggetto di disporre dei propri beni per testamento assumono particolare rilievo la «*undue influence*», vale a dire l'indebita circonvenzione della libera volontà del testatore da parte di un terzo, e la «*insane delusion*». Quest'ultima, pur non costituendo una completa incapacità di intendere e di volere, rappresenta comunque un aspetto delirante della personalità del testatore, potenzialmente idoneo ad incidere negativamente sull'estrinsecazione delle sue ultime volontà.

Si tratta naturalmente di fatti giuridici diversi dalla mera *insanity* del testatore, poiché ben potrebbe accadere che un soggetto in generale sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia, vale a dire, *of sound and disposing mind*, solamente che nel momento in cui veniva formato il testamento tale volontà risultava essere viziata da un'indebita circonvenzione di un terzo, ovvero distorta da una rappresentazione delirante della realtà. In questo senso, e guardando per un momento agli ordinamenti di *common law* attraverso le lenti del diritto italiano, il testamento redatto da un soggetto assolutamente incapace di intendere e di volere potrebbe essere equiparato ad un contratto nullo, mentre invece la disciplina della *undue influence* e della *insane delusion* può essere ricondotta all'alveo della annullabilità del contratto. In altri termini, in questo secondo caso, la manifestazione di volontà contenuta nel testamento può considerarsi genuina fintanto che non venga dimostrata l'esistenza di un vizio idoneo ad escluderla in tutto in parte (242).

Orbene, proprio perché si tratta di autonomi fatti giuridici occorre interrogarsi sulla relativa ripartizione dell'onere della prova. In questo senso, posto che si tratta di fatti giuridici la cui esistenza è idonea a ripercuotersi su una delle condizioni di validità del testamento, vale a dire la genuinità della volontà testamentaria, secondo le regole generali

(242) Questo discorso viene ben messo in luce in *Delafield v. Parish*: se il testatore non ha una *sound and disposing mind*, allora «*there is no mind to be influenced, either duly or unduly*». L'analisi intorno alla questione della *sanity* del testatore, dunque, sembrerebbe essere in un certo senso pregiudiziale a quella della *undue influence*. Si veda in tal senso *Payne v. Payne*, 97 W. Va. 627 (1924): «*A finding that the testator was mentally incompetent would of course preclude the necessity of determining the second question*», vale a dire, appunto, quella sull'esistenza o meno di *undue influence* da parte di terzo.

esse ricadrebbero nella sfera probatoria della parte interessata a difendere la validità del testamento impugnato, il quale dunque avrebbe l'onere di dimostrarne l'inesistenza. Dalle decisioni esaminate, tuttavia, abbiamo avuto l'impressione che rispetto a tali fatti giuridici la naturale allocazione degli oneri probatori venga pesantemente influenzata dall'operare di presunzioni tra loro contrastanti.

Con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova dell'eventuale *undue influence* esercitata da un terzo soggetto è possibile prendere le mosse da una decisione della Corte Suprema del Michigan del 1935, *In re Reed's Estate* (243). Si trattava di un giudizio di impugnazione proposto da Philip Gorelick, beneficiario del testamento di Alfred Reed, contro il provvedimento di primo grado, che, accogliendo la domanda presentata dai parenti più stretti del testatore, aveva annullato il testamento del medesimo in quanto frutto di una *undue influence* esercitata proprio da Gorelick, suo socio in affari, nonché amico di lunga data. In verità, la Corte Suprema, accogliendo l'impugnazione e riformando la decisione di primo grado, non censurava la ripartizione dell'onere della prova rispetto alla *undue influence*, che è stato correttamente posto in capo agli attori che contestavano la validità del testamento, ma si limitava a censurare il solo punto relativo allo *standard of proof* ed al quantitativo di *evidence* necessario per assolvere questo onere probatorio. Ciò nonostante si tratta indubbiamente di una decisione che merita di essere esaminata con una certa attenzione, poiché ricostruisce la dinamica della ripartizione dell'onere della prova di tale fatto giuridico nella giurisdizione del Michigan, e lo fa in modo davvero chiaro e preciso.

Si dà anzitutto una generale definizione di cosa debba intendersi per *undue influence*, osservando che l'atto del terzo può essere considerato come una indebita circonvenzione della volontà del testatore quando l'intero testamento appaia essere il frutto esclusivo di questa suggestione ingenerata nella mente di quest'ultimo (244).

(243) *In re Reed's Estate*, 273 Mich. 334 (1935).

(244) Così nel testo della decisione: «*Undue influence to vitiate a will must have been such as to amount to force and coercion, destroying the free agency of the testator, and there must be proof that the will was obtained by this coercion ... must be proved in connection with the will and not with other things*».

Si chiarisce poi che rispetto alla *undue influence* l'allocazione degli oneri probatori è specularmente opposta a quella della *sanity*. In questo senso, cioè, la regola nel Michigan, già tracciata in *Maynard v. Vinton* e poi tenuta ferma nella maggior parte delle decisioni successive, è che l'inesistenza di una circonvenzione della volontà del testatore deve essere presunta fino a prova contraria, poiché la «*common experience of mankind*» dimostra che, tendenzialmente, le persone non sono disoneste, né stanno perennemente in agguato, pronte ad approfittare della prima occasione che si presenta loro per esercitare qualsivoglia tipo di frode verso un altro soggetto, eventualmente avvantaggiandosi di debolezze o stati di bisogno di quest'ultimo (245). A ben vedere le cose, quindi, si tratta di esigenze di *social policies* simili a quelle che abbiamo visto stare alla base della presunzione di *sanity* e della presunzione della *ownership* dal possesso: favorire la stabilità dei rapporti di diritto sostanziale tra tutti i consociati e, soprattutto, la speditezza delle transazioni e del commercio giuridico. Così impostato il discorso, peraltro, è evidente che la ripartizione dell'onere della prova rispetto alla *undue influence* diventa effettivamente ideale, in quanto le esigenze di *social policies* che ne stanno alla base, si allineano perfettamente tanto alle ragioni che giustificano la dottrina delle negative, quanto a quelle del criterio della *probability*. È evidente, cioè, che una presunzione di questo tipo finisce per onerare della prova dell'esistenza della *undue influence* la parte che denuncia l'esistenza di tale vizio, la quale è anche quella che afferma che quel certo fatto si è verificato in un certo modo, ed è anche quella che sostiene si sia verificato un fatto che si allontana da ciò che è l'*id quod plerumque accidit* in fattispecie simili, posto che tendenzialmente le persone non tengono comportamenti fraudolenti (246).

(245) *Maynard v. Vinton*, 59 Mich. 139: «*the common experience of mankind does not demonstrate that all men are dishonest and watching and seeking an opportunity to perpetrate a fraud or to take advantage of the weak and helpless*». Nello stesso senso si vedano *In re Shepardson's Estate*, 53 Mich. 106; *Prentis v. Bates*, 88 Mich. 567; *In re Bailey's Estate*, 186 Mich. 677; *Ginsberg v. Ginsberg*, 361 Ill. 499 (1935); *Stepanian v. Asadourian*, 283 Ill. App. 495 (Ill. App. Ct. 1936); *Richardson v. Bly*, 181 Mass. 97 (1902); *In re Estate of Mollan*, 181 Minn. 217 (1930), e *Van Demark v. Topkins EXR*, 121 Ohio St. 129 (1929).

(246) Sull'applicazione del criterio della *probability* ai fini della ripartizione dell'onere della prova della *undue influence* esercitata da un terzo soggetto sul testatore, può essere in un certo senso interessante prendere in considerazione quanto statuito in *Leach v. Burr*, 188 U.S. 510 (1903). Si

Nel caso di specie, come abbiamo detto, la censura della Corte Suprema non si è abbattuta sulla ripartizione dell'onere della prova effettuata dai giudici di prime cure, che correttamente hanno imposto a chi impugnava il testamento l'onere di dimostrare la *undue influence* esercitata da Gorelick, ma hanno piuttosto stabilito che in base all'*evidence* offerta dagli onerati l'esistenza di tale fatto giuridico non poteva considerarsi dimostrata. Più in particolare, dalle prove presentate dagli eredi di Reed era possibile inferire logicamente soltanto che, in considerazione dello stretto legame sussistente tra questi e Gorelick, quest'ultimo avrebbe effettivamente avuto più di un'occasione per circonvenire la volontà del testatore. La Corte, tuttavia, non ha ritenuto possibile andare oltre nel ragionamento, e questa raffigurazione di un esercizio di *undue influence* solo potenziale da parte di Gorelick non è stata ritenuta sufficiente per imputare a quest'ultimo l'effettivo compimento di un atto idoneo a circonvenire la volontà testamentaria di Reed. Al contrario, è stato dimostrato dal *defendant* che dopo la formazione del testamento lo stesso Reed avrebbe avuto modo di discutere con diversi interlocutori dei termini del negozio, senza mai

trattava dell'impugnazione del testamento di tale Ezra Leach da parte dei suoi cugini, i parenti più vicini rimasti, impugnazione fondata principalmente sul motivo per cui il beneficiario del testamento, un uomo di colore di nome Samuel H. Lucas, avrebbe esercitato una indebita influenza sulla mente del testatore, suggestionandola in modo da distorcere la sua libera volontà testamentaria. In quel caso si osservò che nell'America dei primi anni del novecento doveva ritenersi effettivamente patrimonio di tutta la collettività sociale considerata nel suo complesso l'esistenza di un pregiudizio razziale. In questo modo, lo scenario in cui, proprio come nel caso di specie, un uomo bianco indica come beneficiario del proprio testamento un uomo di colore, sarebbe una circostanza idonea a destare sospetto, essendo contraria a ciò che rappresenta l'*id quod plerumque accidit* («*The testator was a white man, the devisee a colored, and race prejudice we all known exists ... is common knowledge and springs from the ordinary experiences in relations of life*»). Ciò fu ritenuto sufficiente per fondare una sorta di presunzione di *undue influence*, sì che, in sostanza, il convenuto nel giudizio di impugnazione fu onerato di fornire la prova dell'inesistenza di tale fatto giuridico, così come abbiamo visto accadere in alcuni Stati per la prova della *sanity* del testatore. Quest'ultimo riuscì a fornire una *prima facie evidence* dell'integrità della volontà del testatore, dimostrando che Leach poteva effettivamente essere considerato una persona «eccentrica», poiché, a differenza della maggior parte dei suoi consociati, non nutriva tale *race prejudice*, avendo anzi trovato in Lucas un valido compagno d'affari e di vita per diversi anni, e non solo in punto di morte («*this testator, eccentric in his views and of positive convictions, is show to have made this colored man his business and household companion for years. Such continued intimacy*»). Da questo punto di vista, dunque, l'integrità della volontà del testatore doveva considerarsi intatta, e il testamento validamente formato.

manifestare alcun dispiacere o alcun rimpianto nell'aver lasciato la maggior parte delle sue sostanze proprio a Gorelick.

Su tutti questi argomenti è poi possibile prendere in considerazione un'altra, importante decisione di qualche anno precedente, questa volta della Corte Suprema del New Hampshire: *Gaffney v. Coffey* (247). In *Gaffney v. Coffey* due dei figli di Abbie Gaffney impugnarono il testamento di quest'ultima, sostenendo che esso avrebbe dovuto considerarsi nullo in quanto la volontà testamentaria espressa nel documento era il prodotto delle suggestioni – «*undue influence, over-persuasion, artful misrepresentation, or threats*» – ingenerate nella mente della stessa da parte del terzo figlio, Fred Coffey. Quel testamento, invero, successivo ad un altro testamento, poi revocato, vedeva come unico vero beneficiario proprio quest'ultimo, lasciando una parte irrisoria dell'asse ereditario ad una figlia ed escludendo completamente dall'eredità l'altra. Nel corso del processo, le impugnanti offrirono in giudizio l'*evidence* diretta a dimostrare come la madre e Fred vivessero nella medesima abitazione, sì che, di fatto, le occasioni per esercitare una *undue influence* sulla mente della stessa fossero all'ordine del giorno. Non solo, ma si dimostrò anche come la madre fosse assolutamente dipendente da Fred, sia nel senso che egli era il suo *legal counsel*, sia nel senso che egli, oltre ad essere l'effettivo proprietario della casa in cui entrambi coabitavano, era anche l'amministratore di tutte le proprietà della medesima (248). Da tutto questo, secondo le impugnanti, era possibile dedurre che la testatrice avesse sostituito il primo testamento con il secondo più che altro per timore di ripercussioni da parte di Fred, oltre che per la speranza di recuperare una situazione di normale serenità familiare con quest'ultimo. Il convenuto, dal canto suo, si limitava ad osservare che il testamento doveva presumersi valido e, soprattutto, che l'onere della prova rispetto alla *undue influence* dovesse incombere in ogni caso su chi ne affermi l'esistenza.

(247) *Gaffney v. Coffey*, 81 N.H. 300 (1924).

(248) Così al testo della decisione: «*The mother, Fred and Mamie had been living in intimate physical and mental association. The mother was dependent upon Fred in many ways. He was her adviser and counselor in her business affair ... and attended to the management of her property ... Having in mind this situation the effectiveness of Fred's conduct on the mother is apparent.*».

La soluzione della lite, dunque, veniva a poggiarsi tutta sull'individuazione della corretta ripartizione dell'onere probatorio rispetto alla *undue influence*. Su questo punto la Corte stabilì chiaramente che la regola per cui l'assenza di *undue influence* debba ritenersi presunta sia sostanzialmente corretta, precisando tuttavia che si tratti di una *evidential presumption*, idonea solamente ad invertire la ripartizione del *burden of production*. Il *burden of persuasion* invece, vale a dire l'onere di persuadere i giurati della effettiva assenza di *undue influence*, rimarrebbe sempre in capo al *proponent*, posto che la genuinità della volontà testamentaria è un elemento necessario della validità del testamento impugnato e, dunque, per derivazione, un *essential element* della *cause of action* dell'erede testamentario. Nel caso di specie il testamento fu dichiarato nullo proprio per tale motivo. In altre parole, è stato ritenuto che le impugnanti, dopo aver allegato l'esistenza del fatto giuridico della *undue influence*, abbiano anche offerto una *prima facie evidence* idonea a vincere la presunzione sfavorevole, dimostrando l'esistenza di alcune circostanze di fatto atte a fondare il legittimo sospetto che la testatrice fosse stata effettivamente circonvenuta dal figlio, considerata anche la sua posizione di dipendenza da quest'ultimo. L'*evidence* portata dalle impugnanti a sostegno delle proprie allegazioni non fu considerata sufficientemente pesante per ritrasferire il *burden of production* in capo al convenuto, e il caso venne portato davanti ai giurati. La Corte istruì questi ultimi nel senso che il *burden of persuasion* doveva comunque ritenersi in capo a chi difende la validità del testamento impugnato, e che, giustamente, tale onere non poteva considerarsi invertito come il *burden of production*, dovendosi anzi considerare come in capo al *proponent* sin dall'inizio del processo (249). Il

(249) Sono diversi i passaggi della decisione che sarebbe opportuno richiamare con riferimento a questo punto. Sulla ripartizione dell'onere della prova, ad esempio, si è detto che «*If by "burden of proving" is meant the burden of going forward with the evidence ... the ruling requested is a correct statement of the practice ... If, however, the appellee intended the request as a direction that the verdict should be for the appellee if the jury should find the evidence upon the controverted question of undue influence in equilibrio, the ruling requested does not correctly state the law. The proponent of the will had the burden of proving its due execution, voluntarily, by a competent testator*». Sul funzionamento della presunzione di assenza di *undue influence*, invece, si è osservato che essa «*neither extinguishes the original issue nor shifts the burden of proof to the contestant. It simply suspends the requirement of further proof of the voluntary character of the testator's act until it is called in question ... by the submission of substantial evidence of undue influence by the contestants*».

figlio perse poi la lite proprio per non essere riuscito a persuadere i giurati dell'assenza di *undue influence* da parte sua.

Fin qui, dunque, la *undue influence* da parte del terzo è stata presunta inesistente fino ad una *prima facie evidence* del contrario, mentre il *burden of persuasion* è sempre stato fatto ricadere sul *defendant*, ossia sulla parte interessata a difendere la validità del testamento impugnato. Diversamente, in una decisione della Corte Suprema del Montana del 1934, *In re Silver's Estate*, si affermò che quando già nella fase dei *pleadings* emergano circostanze fattuali dello stesso tipo di quelle che abbiamo visto in *Gaffney v. Coffey*, a dover essere presunta sarebbe l'esistenza di una *undue influence* da parte del terzo, il quale pertanto sopporterebbe l'onere di dimostrare il contrario, sia davanti al giudice, sia davanti ai giurati. In quella decisione si affermò espressamente che si potrebbe parlare di una presunzione di *undue influence* in tutti quei casi in cui tra il testatore e uno dei beneficiari sussista una «*confidential relation*» tale da far sorgere il dubbio che la volontà espressa nel testamento non sia quella del testatore, bensì quella del beneficiario. Non solo, ma si tratterebbe di una presunzione in grado di annullare («*nullify*»), sovrastandola, la presunzione di *due execution* del testamento. Nel caso di specie, tale presunzione poté considerarsi operante dato che uno dei beneficiari del testamento era lo stesso soggetto che di fatto lo aveva scritto, nonché uomo di fiducia del testatore e suo «maestro di cerimonia» (250). Il testamento impugnato fu poi dichiarato nullo poiché gli eredi

(250) *In re Silver's Estate*, 98 Mont. 141 (1934): «*there is another presumption which under the circumstances of this case would nullify the presumption of due execution. It is the presumption that one occupying a confidential relation with the testator has exercised undue influence ... Here one of the chief beneficiaries was the draftsman of the will, the securer of the witnesses, and the master of ceremonies*». In fattispecie simili, come osserva la Corte, «*it requires greater particularity to establish due execution when the will was prepared and executed in the presence of interested persons*». Tra i precedenti del Missouri si ritrova un caso molto simile a quelli da noi citati nel testo: *Soureal v. Wisner*, 321 Mo. 920 (1929). Anche in quell'occasione si stabilì che «*when confidential relations are alleged and established by evidence, the burden shifts to the defendant occupying such a relation and such defendant must then show that no fraud or undue influence was exercised*». Nel caso di specie, gli impugnanti riuscirono a dimostrare che la figlia della testatrice aveva di fatto sostituito la propria volontà a quella della madre, francese di nascita, la quale «*could neither read or write in English ... was suffering with her eyes and was nearly blind*», e che la figlia «*lived with her in her house, kept her papers, paid her taxes and wrote and signed checks for her ... made arrangements with a lawyer for the writing of a will*». Questo fu ritenuta dalla corte una idonea *prima facie evidence* della sussistenza di una «*confidential relation*» tra la testatrice e la beneficiaria del testamento, idonea a fondare un legittimo

testamentari, convenuti nel giudizio di impugnazione, non riuscirono a vincere la presunzione sfavorevole, offrendo una *prima facie evidence* dell'inesistenza di una loro *undue influence*.

In senso radicalmente opposto è poi possibile richiamare qui il contenuto di quella che sembrerebbe essere la regola nella giurisdizione dell'Alabama, ben espressa in *Bancroft v. Otis*. In quell'occasione si è invero affermato che la presenza di circostanze di fatto sospette relative ad una ipotetica *confidential relation* non possa validamente fondare una presunzione di *undue influence* nella materia testamentaria, quantunque possa farlo nella materia commerciale. Ciò deriverebbe dal fatto che nell'ambito delle successioni *mortis causa* non sarebbe possibile presumere che in quelle circostanze il trasferimento del diritto sia probabilmente avvenuto attraverso una circonvenzione della volontà del testatore, poiché è nella natura delle cose, e pertanto inevitabile, che alla morte del titolare i suoi diritti passino in capo ad altri soggetti, scelti direttamente da quest'ultimo con il testamento, ovvero individuati dalle norme che regolano la successione legittima. In questo senso, dunque, circostanze di sospetto come l'amicizia, o la dipendenza economica, che nella materia commerciale, giustamente, dovrebbero bastare per presumere che l'avente causa abbia in qualche maniera approfittato di tale sua posizione di privilegio rispetto al dante causa influenzando a proprio favore i termini dell'accordo, con riferimento alla materia testamentaria non potrebbero avere il medesimo peso. In questa materia, si intende, quelle medesime circostanze sono quelle che più spesso giustificano determinate disposizioni testamentarie, che potranno poi piacere o meno ai parenti del testatore. Adottando questa impostazioni, vi sarebbe dunque una presunzione di assenza di *undue influence*, la quale troverebbe la sua principale giustificazione proprio nelle «*exigencies of mortality*», che impongono come inevitabile il trasferimento dei diritti alla morte del titolare (251).

sospetto della presenza di *undue influence* e, pertanto, di invertire l'allocatione dell'onere della prova rispetto a tale fatto giuridico. In senso conforme *Johnson v. Lane*, 269 Ill. 135 (1938).

(251) *Bancroft v. Otis*, 91 Ala. 279 (8 So. 286, 24 Am. St. Rep. 904). Su questo punto si consideri anche quanto affermato in *Wayne v. Huber*, 134 Or. 464 (1930): «*In the case of gifts inter vivos and contracts made in favor and to the advantage of a person standing in a fiduciary or close confidential relation*

Per quanto concerne invece una *insane delusion* del testatore, anche l'onere della prova di tale fatto viene solitamente posto in capo alla parte che lo allega in giudizio affermandone l'esistenza, vale a dire colui che impugna il testamento. Sulla ripartizione dell'onere della prova rispetto all'esistenza di una qualche *insane delusion* che potrebbe potenzialmente aver influenzato il modo in cui il testatore si sia rappresentato la realtà delle cose, è possibile richiamare qui *Wheeler v. Rocket*. In quell'occasione la testatrice, madre di due figlie, nel proprio testamento aveva liquidato una delle due con il lascito simbolico di un dollaro, sostenendo di essere stata allontanata dalla sua abitazione dal marito di quest'ultima, con la sua complicità. Unica beneficiaria del testamento risultava essere dunque l'altra figlia, la quale, nel giudizio di impugnazione della scheda testamentaria, ne difendeva la validità confermando la tesi della madre. Nel corso del processo, peraltro, l'impugnante non dimostrò solamente che le affermazioni della testatrice erano un tema delirante ricorrente, iniziato a partire da un grave *shock* cerebrale e assolutamente non corrispondente al vero, ma anche che la futura beneficiaria del testamento, assieme al marito, approfittò di tale debolezza della testatrice, alimentando ulteriormente questa sua *insane delusion* al fine di escludere la sorella dal testamento. L'evidenza portata dall'impugnante fu considerata così pesante da ritrasferire il *burden of production* in capo alla convenuta, la quale peraltro non riuscì a offrire una *prima facie evidence* della inesistenza della *insane delusion* affermata dall'impugnante (252).

Diversamente, in *Gaume v. Gaume*, si stabilì che l'evidenza portata dall'impugnante non poteva considerarsi tale da fondare una *prima facie evidence* di una *insane delusion* del

with the donor, or other contracting parties, such as trustee and cestui qui trust, guardian and ward, attorney and client, physician and patient, or priest or religious adviser and his parishioner ... the burden of showing that the transaction was fairly conducted, and that no advantage was taken of the relationship, lies with one having secured the advantage. The reason, however, for this rule, is that the person receiving the benefit has actively participated in the transaction, as a party thereto, and the explanation required is very naturally within his knowledge and power. Such a reason does not obtain as it relates to a bequest, as the person to whom it is made may not, in point of fact, have had any part in, or even knowledge of, the act which gives him the advantage; and no presumption arises from mere relationship of the parties that the donee has abused his position of confidence and turned it to his own advantage». In senso conforme *In re Knutson's Will*, 149 Or. 467 (1935).

(252) *Wheeler v. Rocket*, 91 Conn. 388 (1917). Similmente *Hall v. Mercantile Trust Co.*, 332 Mo. 803 (1933).

testatore, il quale *in thesi* odiava il figlio poi escluso dal testamento senza alcuna apparente ragione, addirittura maledicendolo e chiamandolo con i più spregevoli epiteti. Si trattava, invero di una semplice *bad habit* del testatore, il quale si comportava così più o meno con tutti, e non solo verso l'impugnante, sì che, in sostanza, l'odio verso il figlio espresso attraverso un comportamento che comunque, per quanto spiacevole, con riferimento alla persona del testatore doveva ritenersi normale, non venne considerato come un aspetto delirante della sua personalità idoneo ad interferire con la libera estrinsecazione della sua volontà di testare. L'impugnazione venne pertanto rigettata in conseguenza del mancato assolvimento del *burden of production* (253).

Altre decisioni infine, più semplicemente, pongono l'onere della prova dell'inesistenza di *undue influence* e di *insane delusion* in capo all'erede testamentario in base a ciò che essi sarebbero dei fatti costitutivi negativi della pretesa ereditaria fondata sul testamento, ossia, in altre parole, degli *essential elements* della loro *cause of action*. Così, ad esempio, in *Sheehan v. Kearney* (254). Ma ragionare in termini di fatti giuridici, come dovrebbe essere ormai chiaro, non è mai una soluzione definitiva. Si veda in tal senso *Matter of Kindberg*, dove si è posto il *burden of persuasion* dell'esistenza di una *undue influence* in capo all'impugnante poiché egli è colui che allega il fatto giuridico attraverso una proposizione fattuale di segno positivo, trattandosi di un «*affirmative assault*» (255).

(253) *Gaume v. Gaume*, 340 Mo. 758 (1937): «*the appellant stresses principally the fact that testator frequently cursed him and called him son-of-a-bitch. That fact loses whatever significance it might otherwise have as tending to show that testator was possessed of an insane hatred of or delusion concerning his son in view of the further undisputed fact that the use of such language was and always had been habitual with him and was often used by him ... when it could have meant nothing except a bad habit. It is also urged that testator expressed the opinion that children are a detriment rather than a benefit to their parents, that plaintiff's birth had been an accident and that he would have been better off financially if plaintiff had not been born.*»

(254) *Sheehan v. Kearney*, 82. Miss. 688 (1896): «*It is not only necessary that the testator shall have testamentary capacity, but that capacity shall be exercised freely and voluntarily ... both are essential parts of the proponent's case. The issue is single, will or no will.*»

(255) *Matter of Kindberg*, 207 N.Y. 220 (N.Y. 1912).

4. *Le impugnazioni della validità del matrimonio nei bigamy issues.* – Sempre con riferimento al diritto di famiglia, l'altro argomento che riteniamo meritevole di essere trattato alla luce di un'analisi ragionata dei precedenti giurisprudenziali americani sulla ripartizione del *burden of proof* è quello dell'impugnazione della legittimità del vincolo matrimoniale. In questa sede, peraltro, abbiamo ritenuto più opportuno limitarci a prendere in considerazione solamente un aspetto di questa vasta materia, che più di altri ci è sembrato nascondere risvolti particolarmente interessanti rispetto alla questione della allocazione degli oneri probatori tra le parti. In effetti, è noto come un vincolo matrimoniale possa essere impugnato per diversi motivi, che vanno dalla impossibilità dei coniugi a contrarlo per ragioni relative alla loro capacità personale, o alla loro minore età, alla irritalità del procedimento con il quale è stato celebrato, e via dicendo. Quando l'impugnazione del matrimonio si fondi su uno di questi fatti giuridici, molto semplicemente, abbiamo già visto che entra in gioco una *persuasive presumption* della validità del matrimonio, il cui effetto è quello di spostare in capo all'impugnante tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*.

Qui, invece, i nostri sforzi saranno indirizzati esclusivamente all'approfondimento di una questione ben più complessa, relativa ai modi in cui deve essere ripartito l'onere della prova rispetto ai c.d. «*bigamy issues*»: con questo termine ci riferiamo a tutti quei casi in cui l'impugnazione di un vincolo matrimoniale sia fondata in tutto o in parte sulla esistenza di un altro matrimonio. Una delle ipotesi in cui tale situazione si verifica più frequentemente è quella in cui alla morte di un soggetto una donna reclaims la propria quota ereditaria sostenendo di essere la vedova del *de cuius*, e un altro erede, oppure un avente causa, contesti tale pretesa affermando che il vincolo matrimoniale che costituisce il titolo della sua domanda deve in realtà considerarsi invalido, poiché il sedicente coniuge superstite ha contratto con un altro soggetto un matrimonio tuttora valido, non essendosi sciolto per divorzio o per morte di una delle parti. Volendo approfondire il discorso, è possibile osservare che la reale particolarità di questo genere di situazioni consiste in ciò che tra questi due vincoli matrimoniali sussiste, sul piano del diritto sostanziale, una strettissima connessione incrociata, che potremmo definire come relazione di

incompatibilità, nel senso che la validità di uno dipende dalla invalidità dell'altro e viceversa. Questo comporta, più precisamente, che nella fattispecie costitutiva di ciascuno dei due rapporti matrimoniali, oltre a tutti i classici fatti costitutivi relativi alla capacità delle parti di contrarre matrimonio, alla maggiore età e via dicendo, è presente anche un fatto costitutivo negativo, ossia l'inesistenza di ogni altro vincolo matrimoniale attualmente valido. In questo senso, dunque, sviluppando ulteriormente il nostro esempio, possiamo dire che colui che impugna la validità del matrimonio che darebbe titolo alla supposta vedova di pretendere la propria quota ereditaria è la parte interessata ad allegare e dimostrare la positiva esistenza e l'attuale validità dell'altro vincolo matrimoniale. È chiaro, cioè, che ponendosi dal suo punto di vista l'esistenza di un altro matrimonio costituisce una *affirmative defense*, un fatto giuridico idoneo ad impedire il perfezionamento della fattispecie costitutiva del vincolo matrimoniale impugnato. La vedova, all'opposto, essendo interessata ad ottenere una declaratoria di validità del matrimonio che costituisce il titolo della sua domanda, dovrà necessariamente dimostrare che la relativa fattispecie costitutiva si sia perfezionata in tutti i suoi elementi, compresa, naturalmente, la prova dell'inesistenza di ogni un altro vincolo matrimoniale attualmente valido.

Nel nostro ordinamento, come si sa, tali questioni vengono risolte mediante il meccanismo dell'accertamento incidentale *ex lege*, previsto all'art. 34, cod. proc. civ.: ogni volta che è impugnata la validità di un vincolo matrimoniale e dagli atti di causa appare l'esistenza di un altro matrimonio tuttora valido, il giudice, anche in assenza di domanda di parte, deve obbligatoriamente decidere anche sulla validità di quest'ultimo con efficacia di giudicato, e non solamente *incidenter tantum*. Intervenendo direttamente sul piano dell'oggetto del giudizio, che viene ampliato in modo da ricomprendere anche l'accertamento sull'altro vincolo matrimoniale, si evita che in conseguenza di un potenziale contrasto di giudicati un soggetto venga di fatto accertato come bigamo, perché parte di più vincoli matrimoniali parimenti validi.

Negli ordinamenti di *common law* invece, come spesso accade per i problemi di diritto sostanziale più delicati anche da un punto di vista *lato sensu* sociale, la questione dei

bigamy issues viene impostata direttamente in termini di allocazione degli oneri probatori. In quest'ottica, ed introducendo così il discorso che andremo a svolgere a breve, il primo dato che occorre sottolineare è che a causa della relazione di incompatibilità che lega i due vincoli matrimoniali la soluzione del problema non può essere ricercata seguendo lo schema tradizionale, che, come si ricorderà, vuole ricollegare la ripartizione del *burden of proof* a quella del *burden of pleading*. Come abbiamo visto, posto che ciascuna parte ha l'onere di allegare ciò che ritiene essere *essential* alla propria *cause of action*, ovvero alla propria *affirmative defense*, è evidente che in questi casi le parti avranno interesse ad allegare lo stesso fatto giuridico, vale a dire la validità dell'altro matrimonio, in quanto quel fatto giuridico è certamente *essential* per entrambe. L'unica differenza, naturalmente, è che la parte interessata a difendere la validità del vincolo matrimoniale impugnato lo alleggerà in giudizio mediante una proposizione fattuale di segno negativo, affermandone l'inesistenza, trattandosi per essa di un fatto costitutivo negativo. L'impugnante, all'opposto, lo alleggerà in giudizio con una proposizione fattuale di segno positivo, affermandone l'esistenza, trattandosi per lui di una *affirmative defense* (256).

Per questo motivo, dunque, la soluzione da dare al quesito della ripartizione dell'onere della prova in questo genere di casi va ricercata altrove, in tutti gli altri *tests* che abbiamo esaminato nel capitolo precedente, e, specialmente, nell'applicazione di determinate regole presuntive. In questo senso, possiamo anticipare che la giurisprudenza

(256) In questo passaggio parliamo in termini di una doppia allegazione del medesimo fatto giuridico per fare chiarezza sulla sostanziale specularità delle posizioni in cui vengono a trovarsi le parti in questo genere di situazioni, ma è chiaro che, in generale, un fatto giuridico può essere materialmente allegato in giudizio una sola volta, dopodiché potrà essere oggetto dell'attività probatoria di entrambe le parti. Nei *bigamy issues*, come è intuibile, il fatto giuridico della validità dell'altro vincolo matrimoniale solitamente viene allegato in giudizio dall'impugnante, mediante una proposizione fattuale di segno positivo. A quel punto, la parte interessata a difendere la validità del vincolo matrimoniale impugnato non dovrà allegare alcunché, essendo per essa sufficiente limitarsi a contestare quanto affermato dall'avversario, affermando l'inesistenza di quel fatto giuridico. In questo modo, il fatto giuridico della validità di questo secondo vincolo matrimoniale diventerà un *fact in issue*, e rispetto ad esso diventerà effettivamente rilevante porsi il problema di come dovranno essere ripartiti gli oneri probatori tra le parti. Avremo comunque occasioni di chiarire meglio tutti questi passaggi nelle pagine successive, sia nel testo che nelle note.

americana pare essere spaccata in due orientamenti contrapposti, i quali comunque condividono un dato fondamentale. Quando un matrimonio viene impugnato sul motivo per cui vi sarebbe un altro matrimonio attualmente valido, in tutte le decisioni americane si rinviene una presunzione di validità in favore del matrimonio contratto successivamente. Solamente che poi le decisioni divergono sull'effetto che deve essere riconosciuto a tali presunzioni. Seguendo un primo orientamento, largamente maggioritario, si tratterebbe di una *persuasive presumption*. Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario, invece, la presunzione di validità del matrimonio successivo sarebbe solamente una *evidential presumption*, idonea a dissolversi non appena sia fornita una *prima facie evidence* dell'esistenza e della attuale validità di un vincolo matrimoniale contratto in un momento precedente.

In definitiva, dunque, possiamo dire che indagare sulle modalità di ripartizione dell'onere della prova nei *bigamy issues* sembrerebbe essere importante almeno per due ragioni. Anzitutto, da un'indagine di questo tipo non potrà che uscirne rafforzata l'idea che abbiamo affacciato nell'introduzione del nostro lavoro. Negli ordinamenti di *common law*, cioè, non ragionandosi in termini di fisse ed astratte categorie concettuali, come sono da noi quella del fatto costitutivo e quella del fatto impeditivo, lo stesso fatto giuridico potrà essere agevolmente ricondotto alla sfera probatoria di una o dell'altra parte in base ai risultati che si vogliono perseguire mediante una determinata ripartizione degli oneri probatori. Inoltre, posto che alla base della presunzione di validità del matrimonio contratto successivamente stanno comunque delle ragioni di *social policies* avvertite e fatte proprie dalle decisioni di entrambi gli orientamenti, diviene certamente interessante interrogarsi sui motivi per cui, al fine della loro tutela, in certe occasioni si è ritenuto necessario modificare la naturale allocazione del *burden of persuasion* mentre in altre, invece, si è ritenuto sufficiente invertire il solo *burden of production*.

Per quanto riguarda l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, possiamo prendere le mosse da quanto si dice nell'Arkansas e, specialmente, da quanto si è detto

nel caso *Estes v. Merrill* (257). Si tratta del giudizio instaurato da Elizabeth Merrill al fine da far valere i propri interessi sull'eredità di tale John D. Condon, in qualità di vedova di quest'ultimo. Più in particolare, l'attrice affermava di aver sposato Condon nel 1878, il quale sarebbe venuto poi a mancare nel 1910 senza lasciare alcun ascendente o discendente. Sosteneva, inoltre, di essere comproprietaria con Condon di alcuni terreni siti in Host Springs, terreni che dieci anni prima della morte del marito furono venduti a terzi soggetti dal solo Condon, in assenza di qualsivoglia consenso da parte di essa attrice. Pertanto, si domandava al giudice di accertare la nullità dei relativi contratti di compravendita, e, di conseguenza, di far confluire il valore degli stessi nell'asse ereditario. Contro tale domanda resistevano i creditori ereditari e, soprattutto, gli aventi causa di Condon, i quali contestavano le pretese ereditarie dell'attrice. Questi ultimi osservavano infatti che i terreni in questione sarebbero stati acquistati in un momento in cui il vincolo matrimoniale tra il loro dante causa e la sedicente vedova doveva ritenersi estinto per divorzio, e dunque in un momento in cui l'attrice non poteva vantare alcun diritto sugli stessi. A sostegno di tali affermazioni allegavano in giudizio il fatto che l'attrice, nel 1891, si sarebbe risposata con un certo Merrill, del quale prese poi il cognome, e che essa continuò a convivere con tale Merrill fino alla morte di Condon, in una convivenza tipica tra marito e moglie, dando alla luce quattro figli.

Andando con ordine, il primo dato da sottolineare è che gli aventi causa allegavano in giudizio la valida instaurazione di un successivo vincolo matrimoniale tra l'altrice e un terzo soggetto proprio per distruggere il titolo sul quale si fondava la sua domanda, vale a dire l'esistenza di un vincolo matrimoniale con Condon nel momento in cui i terreni furono venduti. Dal loro punto di vista, cioè, una volta dimostrata la validità del matrimonio contratto con Merrill nel 1891, quello contratto con Condon avrebbe dovuto presumersi estinto per divorzio quantomeno a partire da quel momento, che era comunque anteriore alla data della cessione dei terreni. Proprio per questo motivo, dunque, non dovrebbe sorprendere il fatto che gli sforzi istruttori dei *defendants* si

(257) *Estes v. Merrill*, 121 Ark. 361 (1915).

concentrarono principalmente su tale fatto giuridico. Attraverso le testimonianze di diversi soggetti si dimostrò che Elizabeth Merrill, il cui cognome da nubile era Sharp, dopo essersi sposata con Condon nel 1878, convisse con quest'ultimo per circa due anni; che, successivamente, tale convivenza cessò quando il solo Condon si trasferì dapprima nell'Ohio, poi a Hot Springs, dove acquistò i terreni oggetto della contesa; che, infine, in tutti gli atti formali, ma specialmente in occasione della vendita dei terreni ai convenuti, Condon si palesò sempre come un uomo a tutti gli effetti celibe, apparendo dunque come libero da ogni vincolo matrimoniale (258). Elizabeth Merrill, all'opposto, avendo interesse a dimostrare la validità del matrimonio contratto con il *de cuius* fino alla morte del medesimo, produsse in giudizio due lettere, attribuite proprio a Condon, ricevute quando egli risiedeva ormai da tempo ad Hot Springs. In una delle due lettere si diceva fra l'altro che «indipendentemente da cosa accadrà, tu continui ad essere mia moglie dato che non abbiamo mai divorziato e che io non mi sono risposato, e ciò che è mio è legalmente anche tuo, e desidero che lo abbiate tu e i bambini» (259).

Essendo contestato se, nel momento in cui i terreni furono venduti ai convenuti, il matrimonio dell'attrice con Condon doveva ritenersi ancora valido oppure no, si presentò concretamente il problema della allocazione degli oneri probatori tra le parti. In

(258) Riportiamo un passaggio della decisione che, a nostro avviso, assume un'importanza determinante nel fare luce sulle effettive ragioni di *social policy* che hanno guidato l'allocazione degli oneri probatori nel caso concreto: «*Condon came to Hot Springs, Arkansas, where he acquired and conveyed the lands in controversy and was reputed to be a single and unmarried man and his conveyances of the property recited that such was the fact ... some of the witness testified that he went back to Columbus, Ohio ... and after returning seemed greatly elated over the fact that a divorce had been obtained*» (enfasi nostra). Sulle riflessioni e sugli spunti che è possibile trarre da tale passaggio in merito alle questioni che ci interessano, vale a dire l'indagine sull'effetto che deve essere riconosciuto alla presunzione di validità del secondo matrimonio e, conseguentemente, lo schema della ripartizione degli oneri probatori da adottare nei *bigamy issues*, ci riserviamo di tornare successivamente. Per quanto riguarda il secondo periodo del frammento della decisione che abbiamo riportato, invece, si noti che quella circostanza venne smentita dall'attrice, la quale, in sede di *cross-examination*, affermò che in realtà nessun *decree of divorce* fu ottenuto da Condon, in quanto ci si limitò solamente a fare la *application* per iniziare la procedura di divorzio, la quale peraltro non fu mai completata.

(259) Così recitava la frase della lettera che abbiamo riportato nel testo: «*no matter what happens, you are still my wife as I never get divorced and never married again, and what I have is yours by law and I want you and the children to have it*».

primo e in secondo grado si impose agli impugnanti l'onere di dimostrare che quel vincolo matrimoniale si fosse sciolto per divorzio già nel 1891, non protraendosi sino alla morte di Condon nel 1910, ed essi persero la lite proprio per tale motivo. In particolare, la *Grand Chancery Court* stabilì che, in forza della presunzione di continuità, una volta che due persone si siano legalmente sposate, in assenza di un vero e proprio *decree of divorce* dovrà presumersi che la validità del matrimonio si sia perpetuata sino alla morte di uno dei due coniugi. Non solo, ma tale conclusione sarebbe insensibile al fatto che uno di essi abbia successivamente contratto matrimonio con un altro soggetto, matrimonio che dovrebbe per ciò solo considerarsi invalido a causa della perdurante validità di quello precedente (260).

Questa impostazione fu poi radicalmente contestata dalla Corte Suprema dell'Arkansas, la quale adottò una tesi idonea a ribaltare l'esito della lite. L'argomento principale della decisione della Corte fu quello di considerare prevalente la presunzione di validità del matrimonio successivo rispetto a quella di continuità del matrimonio contratto in un momento antecedente. Si tratterebbe, secondo la Corte, di una «*strong presumption*», idonea, vale a dire, a porre in capo alla parte che nega anche implicitamente la validità del matrimonio successivo tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion* (261). Nel caso di specie, l'attrice, difendendo la validità del matrimonio impugnato, che era quello contratto con Condon, implicitamente negava che quello contratto successivamente con Merrill fosse valido, e per tale motivo le fu imposto l'onere di dimostrare la validità del vincolo matrimoniale impugnato. Tale inversione della ripartizione dell'onere della prova fu la ragione principale che determinò la definitiva soccombenza di Elizabeth Merrill.

(260) Così il giudice Kirby nella sua *opinion*: «*when a man and a woman are legally married the woman continues to be the man's wife, notwithstanding she subsequently contracts a bigamous marriage with another man during his life, and upon the death of her lawful husband is entitled to the widow's rights in his estate*».

(261) Nel testo della decisione si afferma invero che «*The burden of proof is upon the person attacking the validity of a marriage ... the law raises a strong presumption of its legality; not only casting the burden of the proof on the party objecting, but requiring him throughout and in every particular, plainly to make the fact appear, against the constant pressure of this presumption, that is illegal and void*». Di una *strong presumption* ha parlato anche il più remoto caso di *Erwin v. English*, 61 Conn. 502 (1892): «*when a marriage has once been shown ... the law raises a strong presumption in favor of its legality*», decisione poi confermata in *Roxbury v. Bridgewater*, 85 Conn. 196 (1912).

Resta ora di esaminare le conclusioni della Corte con uno sguardo critico, al fine di cogliere le ragioni di fondo che l'hanno spinta a ritenere prevalente la presunzione di validità del matrimonio successivo rispetto a alla presunzione di continuità di quello precedente. In questo senso, se vogliamo tracciare la linea di pensiero seguita dalla Corte il primo dato che dobbiamo prendere in considerazione è che le ragioni che stanno alla base della regola presuntiva utilizzata per ripartire l'onere della prova devono essere indubbiamente forti e pressanti, posto che, come ha chiosato la stessa Corte, devono anzitutto essere considerate come prevalenti rispetto a quelle implicate dal *test* delle negative. È chiaro, cioè, che ripartendo l'onere della prova in questo modo si finisce per onerare la parte che contesta direttamente o indirettamente – come nel caso di specie – la validità del matrimonio contratto successivamente della prova di un fatto negativo, qual è senz'altro la invalidità del medesimo (262). Ciò detto, abbiamo motivo di credere che l'origine della forza di tale regola presuntiva debba essere rintracciata nella *social policy* della tutela dei terzi contro lo stato di apparenza giuridica creato con il secondo matrimonio. Nel caso di specie, Elizabeth Merrill si era risposata, convivendo per diversi anni con quello che appariva a tutti essere suo marito e con il quale costruiva una famiglia, dando alla luce quattro figli. Condon, dal canto suo, a partire dal momento del suo arrivo ad Hot Springs, si è presentato alla collettività sociale come un uomo celibe, manifestando un atteggiamento tipico di una persona libera da qualsivoglia legame giuridico idoneo ad interferire nelle transazioni commerciali, qual è senz'altro il matrimonio nel caso in cui i beni compravenduti siano *lato sensu* riconducibili alla comunione matrimoniale (263). A

(262) Come ha affermato la Corte, «*so strong is this presumption and the law is so positive in requiring the party who asserts the illegality of a marriage to take the burden of proving it, that such requirement obtains even though it involves the proving of a negative*».

(263) La Corte precisa infatti che «*his conduct in the making of deeds, and affidavits reciting that he was a single man ... all indicated that he had, and supported the presumption to that effect*». Le conclusioni che raggiungiamo nel testo a proposito della tutela dei terzi come fondamento della presunzione di validità del matrimonio successivo sembrerebbero trovare conferma anche in una decisione della Corte d'Appello del Maryland di qualche anno più recente, *O'Leary v. Lawrence*, 138 Md. 147 (Md. 1921). Anche in quell'occasione si è in effetti detto che «*when parties lives together ostensibly as husband and wife, demeaning themselves towards each other as such, and especially if they are received into society and treated by their friends and relatives as having and being entitled to that status, the law*

causa dei comportamenti di entrambi, dunque, si era venuto a sovrapporre a quella che era la effettiva realtà delle cose una patina di apparenza giuridica idonea a trarre in inganno i terzi, e l'onere della prova è stato posto in capo a chi si proponeva di scazarla, dimostrando che il matrimonio successivo fosse in realtà invalido poiché contratto in un momento in cui quello precedente non poteva ancora dirsi formalmente sciolto per divorzio o per morte di una delle parti. Del resto, solamente ragionando in questi termini è possibile spiegare per quale motivo tra due matrimoni dovrebbe presumersi come valido quello contratto successivamente. Perché se ci si limita a dire che «*every intendment of the law is in favor of matrimony*», o comunque che, in generale, la presunzione di validità del matrimonio è funzionale alla «tutela della famiglia», si dicono delle belle parole che non vogliono dire nulla, posto che comunque resterebbe poi da spiegare per quale ragione si dovrebbe tutelare la famiglia costruita con il matrimonio più recente, a scapito di quella costruita con un matrimonio precedente (264).

Possiamo dunque concludere dicendo che nell'Arkansas in questo genere di casi la ripartizione dell'onere della prova viene effettuata seguendo una regola presuntiva diretta a tutelare in ogni caso la validità del matrimonio più recente. Che tale presunzione e, dunque, il conseguente schema di riparto del *burden of proof*, trova la sua principale giustificazione nella protezione del legittimo affidamento dei terzi su quello che sembra essere l'effettivo stato delle cose. E, infine, che si tratta di un'esigenza di *social convenience* così pressante da rendere necessaria non solo l'inversione della allocazione del *burden of*

will, in favor of morality and decency, presume that they have been legally married» (enfasi nostre). Concordiamo pienamente con tutto ciò che si dice nella sentenza, salvo precisare che la collettività sociale potenzialmente ingannabile dallo stato di apparenza giuridica creato con il secondo matrimonio non è composta solamente da amici e parenti – che saranno senz'altro interessati a preservare la «moralità» e la «decenza» derivante da un'eventuale dichiarazione di invalidità del medesimo in conseguenza dell'accertamento dell'esistenza di un vincolo matrimoniale precedente – ma appunto anche da creditori e aventi causa, i quali sono solitamente portatori di interessi ben più materiali.

(264) Quanto diciamo nel testo sembrerebbe essere stato avvertito anche dai giudici di *Turner v. Williams*, 202 Mass. 500 (1909), quando hanno affermato che «*The law jealously regards the marriage relation and makes reasonable assumptions in its favor, but it has no special regard for the second in preference to first marriage*».

production, bensì anche quella del *burden of persuasion*, non considerandosi opportuno che ciò che appare essere la effettiva realtà giuridica possa essere spazzata via solamente mediante la dimostrazione di una *prima facie evidence* dell'esistenza di un matrimonio precedente. L'impostazione adottata in *Estes v. Merrill* è attualmente la regola per la ripartizione dell'onere della prova nei *bigamy issues* nell'Arkansas, e fra le tante decisioni che l'hanno ripresa e confermata è possibile richiamare qui *Sims v. Powell*, *Higgins v. Higgins*, *Clark v. Clark* e *Jessie v. Jessie*. Essa è poi stata fatta propria anche dalle corti di altri Stati, tra i quali l'Idaho, in *Estate of Tormey*, e l'Alabama, in *Owens v. Betts* (265).

Seguendo una diversa impostazione invece, alla presunzione di validità del secondo matrimonio occorrerebbe riconoscere natura di *persuasive presumption* non tanto per ragioni relative alla tutela dei terzi, nel senso che abbiamo appena visto, bensì in considerazione dell'entità degli effetti che la sua applicazione sarebbe potenzialmente idonea a produrre sul piano del diritto sostanziale. In altri termini, presumere che il secondo matrimonio sia valido comporta, come effetto riflesso, che ogni altro rapporto matrimoniale precedente debba ritenersi come non più valido e, verosimilmente, che si sia sciolto per divorzio. La gravità di tutte queste implicazioni sarebbe dunque il motivo per cui si decide di onerare la parte che contesti la validità del secondo matrimonio tanto del *burden of production*, quanto del *burden of persuasion*. Questa posizione è ben espressa da due decisioni, una della Corte d'Appello del Maryland, *Schaffer v. Richardson*, l'altra della Corte Suprema del Mississippi, *Ladner v. Pigford* (266).

Noi non condividiamo questa seconda impostazione, e continuiamo a ritenere preferibile quella adottata dalla Corte Suprema dell'Arkansas. Anzitutto, tale tesi può

(265) I riferimenti completi delle decisioni citate sono i seguenti: *Sims v. Powell*, 245 Ark. 493 (1968); *Higgins v. Higgins*, 266 Ark. 953 (1979); *Clark v. Clark*, 19 Ark. App. 280 (Ark. Ct. App. 1986); *Jessie v. Jessie*, 53 Ark. App. 188 (Ark. Ct. App. 1996); *Estate of Tormey*, 44 Idaho 299 (1927), e *Owens v. Betts*, 219 Ala. 604 (1929).

(266) *Schaffer v. Richardson*, 125 Md. 88 (Md. 1915): «*the fact, if shown, that either one or both of the parties have been previously married, and that the other party to such previous marriage was still living at the time of the second marriage, the presumption is that the former marriage had been legally dissolved*». *Ladner v. Pigford*, 138 Miss. 461 (1925): «*where a marriage is contracted ceremonially, every reasonable presumption will be indulged in favor of its validity ... The court will presume a divorce in favor of the validity of the marriage where there was a former marriage existing where there is no proof showing that a divorce was not obtained*».

trovare ragionevole applicazione solamente nel caso in cui il coniuge con il quale è stato contratto il primo matrimonio sia ancora in vita. Solamente in questo caso, cioè, avrebbe senso costruire una finzione giuridica per la quale il vincolo matrimoniale precedente debba ritenersi sciolto per divorzio a causa del suo conflitto con quello successivo. Al contrario, nel caso in cui l'altro coniuge sia morto, quel vincolo matrimoniale dovrà ritenersi sciolto direttamente per l'operare di un evento naturalistico che non richiede la costruzione di una regola presuntiva *ad hoc*. Con il che, peraltro, dall'ambito applicativo di tale presunzione finirebbero per fuoriuscire tutti quei casi, e sono la maggior parte, in cui la questione dell'impugnazione del vincolo matrimoniale si ponga sullo sfondo di una contesa ereditaria, dove il coniuge superstite interviene al fine di far valere i propri interessi sull'eredità lasciata dal coniuge deceduto. Inoltre, e ricollegandoci a quanto dicevamo all'inizio del discorso, non condividiamo questa impostazione per un'altra e più pregnante ragione. Se, in altre parole, è corretto dire che i due vincoli matrimoniali stanno tra loro in una relazione di incompatibilità, tale per cui essi già sul piano sostanziale non possono coesistere, escludendosi a vicenda, non ci pare corretto ricercare la giustificazione dell'inversione della ripartizione dell'onere della prova in una considerazione che in un certo senso è *in re ipsa*. Ci sembra, cioè, che finché si perseveri nel riportare il discorso sul piano del diritto sostanziale, si continuerà a perdere di vista la vera ragione per la quale tra due vincoli matrimoniali così connessi si debba preferire il secondo al primo. In questo senso, la principale argomentazione di cui si avvale questa tesi ben potrebbe essere rovesciata al fine di sostenere la conclusione esattamente opposta, vale a dire porre l'onere della prova a chi impugni la validità del matrimonio precedente, dato che anche l'effetto riflesso della declaratoria di validità di quest'ultimo è quello di invalidare il matrimonio contratto successivamente.

Quindi, volendo concludere su questo punto, siamo convinti che la giustificazione della prevalenza del matrimonio contratto successivamente debba essere ricercata al di là del diritto sostanziale, e segnatamente, come ha ben insegnato la giurisprudenza dell'Arkansas, nella esigenza di tutelare il legittimo affidamento dei terzi in uno stato di apparenza giuridica venutosi a creare con il secondo matrimonio.

Per quanto riguarda il secondo orientamento invece, occorre fare principalmente riferimento alla giurisprudenza del Montana, dove in due decisioni viene tracciata quella che sembrerebbe essere la *ratio* che limita l'inversione dell'onere della prova in capo a colui che impugni il secondo matrimonio al solo *burden of production*. Il primo caso è *Shepherd Pierson Co. v. Baker*, deciso dalla Corte Suprema nel 1927, mentre il secondo è *Welch v. All Persons*, deciso dalla medesima Corte due anni più tardi. Trattandosi di due decisioni praticamente contestuali abbiamo ritenuto opportuno prendere in considerazione dapprima quella più recente, in quanto a nostro avviso vengono ricostruiti in modo particolarmente preciso gli snodi principali dei fatti di causa; e, come dovrebbe essere ormai chiaro, anche l'analisi delle più impercettibili sfumature fattuali della controversia rappresenta un elemento senz'altro determinante per la decisione sull'allocazione degli oneri probatori tra le parti.

Iniziando dunque da *Welch v. All Persons*, è possibile riepilogare in questo modo i punti principali della decisione (267). Hiram J. Rhodes era proprietario di diverse terre nella contea di Toole. Da un primo matrimonio con Mariah R. Rhodes nacque una figlia, Agnes Rhodes, che poi sposò tale Art Welch, perdendo così il cognome del padre e assumendo quello del marito. Alla morte di Hiram J. Rhodes, nel 1913, si fecero avanti tre figli di tale Esther O'Brien manifestando interesse nella eredità del *de cuius*, e in tutta risposta Agnes Welch radicò un giudizio di «*quiet title*» nei loro confronti, che è una sorta di giudizio di accertamento negativo del titolo ereditario. Nel corso del processo i convenuti, al fine di dimostrare la bontà del proprio titolo, affermavano che il *de cuius*, mentre era ancora vincolato a Mariah R. Rhodes, nel 1873 si sposò con Esther O'Brien, e che i due avrebbero poi convissuto come marito e moglie sino alla sua morte. L'attrice, al contrario, avendo interesse ad escludere i convenuti dalla platea dei soggetti interessati all'eredità paterna, impugnava la validità di tale secondo matrimonio e, seguendo la regola che abbiamo appena visto, veniva onerata della relativa prova. In questo senso, mediante prova testimoniale si dimostrava anzitutto come Mariah R. Rhodes non avesse mai

(267) *Welch v. All Persons*, 85 Mont. 114 (1929).

formalmente divorziato dal *de cuius*. Si producevano poi numerosi documenti diretti a evidenziare che Esther O'Brien, madre dei convenuti, nel 1860 aveva sposato tale Edward O'Brien, soldato poi morto nel 1863, durante la guerra di secessione. In quegli anni essere la vedova di un soldato caduto in guerra dava diritto a ricevere una cospicua pensione di reversibilità fintantoché non si fosse contratto un secondo matrimonio, ma, e questo è il punto, quei documenti dimostravano che Esther O'Brien nel 1884, ossia in un momento successivo al matrimonio apparentemente contratto con il *de cuius*, godeva ancora del diritto a percepire tale pensione. Si dimostrava poi che la madre dei convenuti, proprio per timore di perdere il diritto alla pensione di reversibilità, dichiarò più di una volta al *Pension Bureau* che dopo la morte di suo marito essa non si era mai più risposata, e che la coabitazione con Hiram J. Rhodes, lungi dall'essere abituale, era solamente saltuaria, dettata principalmente dalle esigenze lavorative di quest'ultimo. Infine, in sede di *cross-examination* di uno dei testi si veniva anche a conoscenza del fatto che per lo stesso motivo Esther O'Brien avrebbe in più occasioni disconosciuto la paternità del *de cuius* per quanto concerne i figli, e che lo stesso *de cuius*, in un *affidavit*, avrebbe affermato che si trattava addirittura di una sua cugina di grado imprecisato, «con la quale era cresciuto come un fratello dopo la morte del padre di lei».

Alla luce di tutte queste considerazioni la Corte Suprema, stabilì non solo che l'attrice aveva superato il *burden of production*, vincendo la presunzione di validità del secondo matrimonio, ma anche che l'*evidence* presentata dalla stessa doveva considerarsi così pesante da annullare completamente ogni effetto di quella presunzione, compresa dunque l'inversione della ripartizione del *burden of persuasion*. Questo onere probatorio non fu soddisfatto e la Corte, accogliendo la domanda dell'attrice, stabilì che quando è dimostrata l'esistenza di un precedente matrimonio, e, soprattutto, è dimostrato che tale matrimonio non si sia sciolto per divorzio, su un eventuale secondo matrimonio cala «l'ombra della illegittimità» («*the shadow of illegitimacy*»), e la presunzione in favore della validità del matrimonio impugnato deve fare largo a quella contraria di «*wrongdoing*». In base a tale diversa regola presuntiva chi afferma la validità del secondo matrimonio deve dimostrare che la situazione che dal quadro dei fatti di causa appare essere *prima facie*

illegittima si sia in un certo senso regolarizzata, e rispetto a tale mutamento dovrà sopportare tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion* (268).

L'altro caso che abbiamo citato, *Shepherd Pierson Co. v. Baker*, è per certi aspetti analogo a quello appena visto (269). Alla morte di tale Simon Pepin nel 1914, nel rispetto delle sue volontà testamentarie, metà dell'asse ereditario fu lasciato alla figlia adottiva, e l'altra metà alla Shepherd Pierson Company per la costituzione di un *trust* in favore di Rose Trottier, madre naturale della figlia adottiva del testatore (270). Immediatamente dopo l'apertura del testamento quest'ultima lamentava una violazione dei propri interessi ereditari, affermando di essere la vedova del *de cuius*, e a tali doglianze faceva seguito l'instaurazione di un giudizio di *quite title* da parte della Shepherd Pierson Company, ove si domandava al giudice di accertare che Rose Baker non potesse vantare alcun diritto sull'eredità di Simon Pepin.

La *defendant* affermava di aver sposato Simon Pepin nel 1883, e di aver convissuto con lo stesso per oltre trent'anni, fino alla sua morte, avvenuta presso il reggimento militare di Fort Assiniboine, nel Montana. La società attrice impugnava la validità di questo secondo vincolo matrimoniale, dimostrando anzitutto che avrebbe dovuto considerarsi come «*noncerimoniab*». Tale matrimonio fu invero celebrato presso Fort Assiniboine da un *scout* indiano della medesima tribù della convenuta, un'indiana Crow, secondo le usanze tipiche di quella tribù e non seguendo le disposizioni della legge del Montana. Inoltre, dalla deposizione della stessa Rose Trottier, ottenuta in sede di *cross-*

(268) Così nel testo della decisione: «*where a prior marriage, undissolved, of one of two parties cohabitating as man and wife, is shown, the shadow of illegitimacy is cast upon their relationship, and the law's presumption in favor of marriage disappears; that of wrongdoing takes its place, and the burden rests upon those asserting legitimacy to show a subsequent marriage*».

(269) *Shepherd Pierson Co. v. Baker*, 81 Mont. 185 (1927).

(270) Dal testo della decisione apprendiamo che nel 1921 Rose Trottier si sposava con tale Frank Beker, acquistandone così il cognome. Si tratta peraltro di una circostanza assolutamente irrilevante ai fini della nostra indagine, se non per dare una spiegazione del nominativo che appare nell'intestazione della decisione, che è appunto Beker e non Trottier. Pertanto, al fine di non creare inutilmente confusione nella comprensione dei fatti di causa, ci siamo sentiti liberi di trascurare questa circostanza, e abbiamo continuato a riferirci a questa parte come Rose Trottier.

examination con l'ausilio di un interprete, si veniva a conoscenza del fatto che solamente un anno prima, nel 1882, la stessa si era sposata con tale Andrew Trottier, dal quale avrebbe avuto almeno due figli. Interrogata sull'attuale stato di questo precedente vincolo matrimoniale e, più in particolare, sul fatto se si fosse sciolto o meno per divorzio, la stessa rispose che, ignara delle leggi del Montana, seguì quelle che sono le prassi della propria tribù, secondo le quali per sciogliere un vincolo matrimoniale è sufficiente che un coniuge lasci l'altro «andandosene altrove», abbandonandolo per un periodo di tempo più o meno definito (271). Furono infine sentiti ulteriori testimoni, i quali deposero sul fatto che Simon Pepin, per anni, non si sia mai riferito a Rose Trottier come sua moglie; che, in tutte le sue transazioni commerciali, si sia sempre presentato come un uomo celibe; e che anche nel suo testamento, l'atto di sua ultima volontà, continuava a riferirsi alla stessa chiamandola per nome, e non come sua moglie (272).

Ancora una volta, alla luce del quadro complessivo dei fatti di causa così come risultante dalle allegazioni istruttorie delle parti, si stabilì che il peso della *prima facie evidence* della società attrice era idoneo non solo a ritrasferire alla *defendant* il *burden of production* della validità del matrimonio impugnato, ma anche il *burden of persuasion*, come conseguenza della distruzione della presunzione di validità in favore della presunzione di *wrongdoing*. Di nuovo, questa diversa allocazione dell'onere della prova fu la causa principale che determinò la soccombenza in giudizio della convenuta.

Orbene, si tratta ora di tirare le fila di questo nostro discorso, sforzandoci di individuare il minimo comun denominatore di queste due decisioni e, naturalmente, la *ratio* per cui in certi casi la presunzione di validità del secondo matrimonio debba considerarsi idonea ad invertire la sola ripartizione del *burden of production*, mentre invece

(271) Nelle pagine della decisione è invero possibile leggere che «*the testimony of Rose Baker is pregnant with the admission that, in her ignorance, she believed that all that was necessary in order to get rid of a husband was to leave him, and that this was all she did in order to “stay with” Simon Pepin; she made no attempt to show that she had ever been legally separated from Trotter*».

(272) Riportiamo lo stralcio originario della sentenza citata riferito a questo passaggio: «*Pepin invariably acknowledge conveyances as a single man, and ... in his will, Pepin referred to the woman as “Rose Trottier”, and not as his wife*».

l'allocazione del *burden of persuasion* viene regolata da una regola presuntiva di valore esattamente opposto, qual è senz'altro la presunzione di *wrongdoing*.

In questo senso, ad una prima analisi dovrebbe essere evidente che entrambe le decisioni della Corte Suprema del Montana sono accomunate dal fatto che chi impugnava la validità del secondo matrimonio ha dimostrato che il vincolo matrimoniale precedente non si è mai formalmente sciolto per divorzio. Commetteremmo peraltro un grave errore fermando la nostra analisi solamente a questo rilievo preliminare, poiché una spiegazione del genere potrebbe essere considerata sufficiente solamente adottando la tesi che ricollega la natura *persuasive* della presunzione di validità del matrimonio impugnato alla sua idoneità a produrre, quale effetto riflesso, la finzione giuridica dello scioglimento del matrimonio precedente per divorzio. È evidente, cioè, che facendo proprio il punto di vista di quella seconda tesi non si sarebbe più legittimati a riconoscere alla presunzione di validità del matrimonio impugnato la natura di *persuasive presumption*, poiché attraverso la dimostrazione che il precedente matrimonio non si sia sciolto per divorzio si paralizzerebbe proprio quell'effetto riflesso.

Per quanto ci riguarda, continuiamo a non ritenere condivisibile quella seconda impostazione, in quanto a nostro avviso la soluzione del problema della natura della presunzione di validità del secondo matrimonio – e, di conseguenza, della ripartizione dell'onere della prova nei *bigamy issues* – deve essere ricercata al di fuori del piano del diritto sostanziale e, specialmente, come abbiamo detto, nell'esigenza di tutelare i terzi contro lo stato di apparenza giuridica venutosi a creare con il secondo matrimonio. In questo senso, la reale giustificazione dell'imposizione del solo *burden of production* in capo all'impugnante, nei due casi in esame, ci sembra essere dovuta solamente al fatto che lo stato di apparenza giuridica generato dal secondo matrimonio non poteva considerarsi così verosimile da ingenerare nei terzi e nella collettività sociale nel suo complesso l'idea che si trattasse a tutti gli effetti di un matrimonio valido. Non quello tra Hiram J. Rhodes e Esther O'Brien, perché furono gli stessi presunti coniugi ad affermare in più occasioni di essere semplicemente dei buoni amici, quando non addirittura dei lontani parenti, oltre al fatto che la donna risultava essere iscritta presso un registro pubblico come la beneficiaria di

una particolare pensione di reversibilità, riservata alle vedove di soldati caduti in guerra che fossero rimaste tali dopo la morte del marito. Non quello tra Simon Pepin e Rose Trottier, poiché, oltre alla dimostrazione di come l'uomo non si fosse mai riferito alla donna come sua moglie, neppure nel proprio testamento, e che in ogni transazione commerciale affermasse di essere celibe, bisogna pure considerare che i due erano inseriti in un contesto sociale in cui la loro unione non poteva evidentemente fondare il legittimo affidamento dei terzi con i quali entravano in contatto. Invero, per motivi professionali entrambi consumarono la loro convivenza presso Fort Assiniboine, un luogo dove tutti erano a conoscenza della storia di Rose Trottier, di come vi si fosse trasferita con la famiglia quando era solo una bambina, di come il matrimonio con Simon Pepin fosse avvenuto secondo le usanze della tribù Crow e non seguendo le leggi dello Stato del Montana, e di come essa non si fosse mai formalmente separata da suo marito, Andrew Trottier, sposato solamente un anno prima probabilmente mediante il medesimo rito cerimoniale, anche se dal testo della decisione non è dato saperlo. Di tutto ciò, peraltro, crediamo si possa presumere che ne fosse consapevole financo lo stesso Simon Pepin, dal momento che, come abbiamo appena ricordato, egli ben si guardava dal rivolgersi a Rose Trottier come se fosse a tutti gli effetti sua moglie.

In conclusione, dunque, siamo convinti che la presunzione di validità del matrimonio successivo trovi la propria giustificazione nella esigenza di tutelare i terzi, e che la sua forza degradi da *persuasive* a *evidential* in proporzione al grado di verosimiglianza attribuibile allo stato di apparenza giuridica creato con il secondo matrimonio. Se, come nei casi visti in precedenza, esso è effettivamente in grado di fondare ragionevolmente le legittime aspettative dei terzi, allora è giusto che chi voglia scalzare quella che a tutta la collettività sociale di riferimento appare essere la effettiva realtà delle cose venga onerato di un carico probatorio più gravoso, comprendente anche il *burden of persuasion*. Se, invece, come in *Shepherd Pierson Co. v. Baker* e in *Welch v. All Persons*, la verosimiglianza dello stato di apparenza giuridica non è poi così manifesta, è parimenti giusto che sia concesso all'impugnante di rimuoverlo offrendo solamente una *prima facie evidence* del contrario, vale a dire che il matrimonio precedente non si sia mai formalmente sciolto per divorzio. Di

conseguenza, le linee generali della ripartizione del *burden of persuasion* dovranno necessariamente essere cercate altrove e, segnatamente, nella presunzione di *wrongdoing*, in base alla quale tale onere probatorio spetterà a chi difenda la legittimità del vincolo matrimoniale impugnato.

Questa tesi è attualmente la regola nella giurisdizione del Montana, essendo poi stata ripresa fra l'altro in *State v. Le Duc*, *Maki v. Murray Hospital*, *State v. Crighton* e *Estate of Hunskaer*. Ma in tal senso si veda anche quanto si è detto nell'Oklahoma, in *Puntka v. Puntka*, nel Texas, in *Defferari v. Terry* e nell'Indiana, in *Ross v. Red Cab Co.* (273).

Si consideri infine che la questione del conflitto tra due o più vincoli matrimoniali e, dunque, la potenziale bigamia del soggetto che sia parte di entrambi, assume naturalmente anche rilevanza penale. Dal nostro punto di vista, tuttavia, che è quello di un lavoro diretto a chiarire alcuni aspetti della ripartizione dell'onere della prova nei procedimenti civili degli ordinamenti di *common law*, questo aspetto assume un'importanza marginale. Sarà pertanto sufficiente segnalare che anche nei procedimenti penali la validità del matrimonio deve essere dimostrata come inesistente da chi la impugna, ossia il *public prosecutor*, e questo tanto sotto il profilo del *burden of production*, quanto sotto quello del *burden of persuasion*. Si tratta peraltro di una soluzione che in sede penale appare essere addirittura ovvia, in quanto rappresenta la naturale conseguenza della presunzione di innocenza dell'imputato fino a prova contraria. Fra le tante decisioni, si vedano in tal senso *Fuquay v. State*, e *Tharp v. Commonwealth* (274).

(273) I riferimenti completi delle decisioni che citiamo nel testo sono i seguenti: *State v. Le Duc*, 89 Mont. 545 (1931); *Maki v. Murray Hospital*, 91 Mont. 251 (1932); *State v. Crighton*, 97 Mont. 387 (1934); *Estate of Hunskaer*, 1998 Mont. 279 (1998); *Puntka v. Puntka*, 174 Okla. 517 (1935); *Defferari v. Terry*, 68 S.W.2d 253 (Tex. Civ. App. 1934), e *Ross v. Red Cab Co.*, 105 Ind. App. 440 (Ind. Ct. App. 1938).

(274) *Fuquay v. State*, 22 Ala. App. 243 (Ala. Crim. App. 1927); *Tharp v. Commonwealth*, 241 Ky. 828 (Ky. Ct. App. 1932). Similmente, *Prentis v. McCormick*, 23 F.2d 802 (6th Cir. 1928), relativamente ad un procedimento di *habeas corpus* instaurato da una donna contro l'ufficio immigrazione, espulsa perché sposatasi in America, peraltro al solo fine di ottenere la cittadinanza americana, nonostante avesse precedentemente contratto un matrimonio tuttora vincolante in Inghilterra. Tale circostanza che ha poi portato all'accusa di *bigamy* nei suoi confronti.

SECONDA SEZIONE
IL DIRITTO DEI CONTRATTI

5. *Le azioni fondate sull'inadempimento contrattuale e la prova del breach of contract. I contratti di bailment.* – In questa sezione affronteremo le modalità con cui viene ripartito l'onere della prova nelle azioni e nei giudizi riconducibili alla materia contrattuale. Com'è facilmente intuibile, non è nostra ambizione affrontare qui ogni più piccola sfaccettatura giurisprudenziale relativa al *mare magnum* di tale materia, la quale, assieme a quella relativa al risarcimento del danno derivante da responsabilità aquiliana, occupa buona parte delle pagine delle voluminose raccolte di *reports* delle corti angloamericane.

Proprio per questo motivo abbiamo pensato di circoscrivere il nostro lavoro alla ripartizione dell'onere della prova del fatto giuridico che appare essere una delle più diffuse cause del contenzioso contrattuale. Ci riferiamo, come è noto, all'inadempimento contrattuale di uno dei contraenti, vale a dire il «*breach of contract*», il quale il più delle volte sarà un inadempimento colpevole, da ricollegare cioè alla *negligence* contrattuale di colui che non ha adempiuto ciò che si era impegnato ad adempiere. Questo nostro discorso sulla ripartizione dell'onere della prova della *negligence* contrattuale e del *breach of contract* verrà principalmente svolto alla luce di due tipologie di contratti: il contratto di *bailment* ed il contratto di assicurazione. Sulla specifica questione della prova del fatto del pagamento, invece, che costituisce comunque una *species* del *genus* inadempimento, abbiamo già avuto modo di soffermarci diffusamente in diversi passaggi del nostro lavoro, specialmente nel secondo capitolo, ed essendo superfluo ribadire qui le stesse considerazioni ci limitiamo a rinviare alle conclusioni che ne abbiamo tratto.

Iniziando dunque proprio dall'analisi della ripartizione dell'onere della prova del *breach of contract* nei contratti di *bailment*, potremmo riprendere brevemente quanto abbiamo visto a proposito dell'evoluzione giurisprudenziale che si è avuta su questo punto nel Massachusetts. Come certamente si ricorderà, abbiamo concluso quel passaggio osservando che attualmente, nella giurisdizione di quello Stato, incombe al *bailee*

convenuto l'onere di dimostrare la propria assenza di colpa, e ciò sia con riferimento al *burden of production*, sia con riferimento al *burden of persuasion*. Questo risultato è stato l'approdo finale della nascita della presunzione di *negligence* del *bailee* e della sua continua evoluzione, che, in base a ragioni fondate quasi esclusivamente sul principio della vicinanza alla prova, da *evidential* è diventata a tutti gli effetti una *persuasive presumption*. Si tratta ora di proseguire questo discorso, andando ad esaminare come viene ripartito l'onere della prova della colpa del *bailee* negli altri Stati e, specialmente, se anche al di fuori del Massachusetts l'allocatione del *burden of proof* venga influenzata in qualche modo dall'operare di una presunzione di *negligence* del medesimo oppure no.

Così impostato il piano del lavoro, riteniamo che un ottimo punto di partenza possa essere l'esame di un importante decisione della Corte Suprema della California del 1904, *Dieterle v. Bekin*, continuamente citata dalla giurisprudenza californiana più recente e non solo (275). In quell'occasione l'attore agiva in giudizio contro il *bailee* al fine di ottenere il risarcimento del danno asseritamente derivato da una sua grave *negligence*, allegando in giudizio che i beni di sua proprietà, oggetto del contratto di *bailment*, venivano completamente distrutti da un incendio presso il luogo in cui il *bailee* avrebbe dovuto custodirli. Più in particolare, gli sforzi istruttori dell'attore erano diretti principalmente a dimostrare che l'edificio in cui il convenuto conduceva il proprio lavoro di *warehouseman* era da considerarsi assolutamente inadatto per quel tipo di attività. Si trattava invero di un edificio di tre piani, con la parte esterna costruita in mattoni e quella interna in legno. Tutti e tre i piani erano di titolarità del convenuto, ma solamente il secondo veniva impiegato dallo stesso come deposito dei beni dell'attore. Negli altri due piani invece, entrambi concessi in locazione, venivano svolte due diverse attività commerciali, completamente separate da quella di *warehouseman*. Il primo piano era destinato al deposito di legname e macchinari vari, mentre al terzo piano vi era una cartiera («*box factory*»), ove abbondavano naturalmente grandi quantità di carta e scatole di cartone di vario genere, e si faceva un considerevole impiego di lampade al kerosene. Nella notte del 18 ottobre del 1896

(275) *Dieterle v. Bekin*, 143 Cal. 683 (1904).

l'edificio fu completamente distrutto da un incendio, e in detto incendio perirono completamente i beni dell'attore, oggetto del contratto di *bailment*.

Alla luce di tutti questi motivi il *bailor* domandava al giudice di condannare il *bailee* al risarcimento del danno subito, precisando che la sua colpa avrebbe dovuto ritenersi in un certo senso implicita nella sua grave negligenza di condurre consapevolmente un simile *business* in un luogo assolutamente inadatto, sia a causa delle caratteristiche strutturali dell'edificio (interni in legno), sia a causa della presenza di una cartiera al piano superiore, la quale in sostanza costituiva un costante rischio di incendio per l'intero edificio (276). Il convenuto, a sua volta, si difendeva negando in via generale di essere responsabile della distruzione dei beni dell'attore. Osservava, poi, che quest'ultimo non aveva provato con la necessaria precisione quale sarebbe stata la vera causa dell'incendio, non essendosi dimostrato se esso abbia effettivamente trovato origine all'interno dell'edificio, e, specialmente, proprio al terzo piano, o se non sia invece divampato a causa dell'attività di terzi, o comunque a causa di un qualche evento naturale di altro tipo, rispetto ai quali non avrebbe potuto essergli ragionevolmente addebitato alcun tipo di omessa vigilanza. Questo, secondo la tesi del convenuto, poi confermata in primo e in secondo grado, avrebbe dovuto essere considerato un elemento sufficiente a far crollare l'impostazione dell'attore, la quale era più che altro diretta a fondare il sospetto che il danno subito fosse la probabile conseguenza della *negligence* del *bailee*, in modo da ricavarne poi un beneficio sul piano della ripartizione dell'onere della prova mediante l'applicazione di una presunzione di colpa del convenuto.

La decisione fu poi riformata dalla Corte Suprema, la quale si allineò quasi integralmente a quanto sostenuto dall'attore. Si osservava in primo luogo che avrebbe dovuto senz'altro considerarsi positivamente superato l'ostacolo preliminare del *burden of production* da parte del *bailor*, considerato che da tutta l'*evidence* portata in giudizio emergeva sicuramente una potenziale *gross negligence* del *bailee* nella custodia dei beni dell'attore e,

(276) Così nel testo della decisione: «*that defendant ... knew there was danger of said good to be destroyed by fire ... the said warehouse was not a reasonably safe place in which to conduct said business because of the dangers of fire in said box factory*».

dunque, una *prima facie evidence* della sua colpa. Per quanto riguarda la ripartizione del *burden of persuasion*, invece, la Corte, pur non facendo ricorso ad una vera e propria *persuasive presumption* della colpa del *bailee*, giunse ciò nonostante al risultato auspicato dall'attore, imponendo il relativo onere probatorio in capo al convenuto in base a giustificazioni relative principalmente al criterio della *probability*.

Più precisamente, la questione, eccepita anche dal *defendant*, relativa al fatto che l'incendio fosse o meno nato in uno dei locali di proprietà del medesimo, assumeva naturalmente un rilievo determinante nella imputazione del danno subito dal *bailor* ad una condotta colposamente omissiva del *bailee*. È chiaro, cioè, che provando quel fatto si sarebbe dimostrato pure che il *bailee*, nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali, non aveva tenuto una condotta improntata a quella che avrebbe dovuto essere considerata come l'ordinaria diligenza di chi si impegna a custodire beni altrui, poiché, nel caso di specie, il luogo individuato per l'adempimento di tale scopo era evidentemente inadatto. Proprio per questo motivo, in base alle regole generali e seguendo quello che sosteneva il convenuto, tale fatto avrebbe dovuto essere provato dal *bailor*, in quanto elemento cardine della colpa del *bailee* e, di conseguenza, della sua *cause of action*. La Corte, tuttavia, noncurante di quanto dettato dalla dottrina delle negative, stabilì che nel caso di specie dovesse essere eccezionalmente il *bailee* a dimostrare l'inesistenza di tale fatto giuridico. Si osservava invero che dall'*evidence* portata dall'attore ben si potesse fondare l'idea per cui l'incendio fosse divampato con ogni probabilità dallo stesso punto dell'edificio indicato come la fonte di uno straordinario rischio di incendio («*more than ordinary risk*»), era situata la *box factory*. Da questo punto di vista il convenuto, negando che l'incendio avesse trovato la sua origine proprio nel terzo piano dell'edificio dove venivano custoditi i beni dell'attore, finiva sostanzialmente per allegare in giudizio il fatto che, nella fattispecie in esame, appariva essere quello meno probabile, in quanto più lontano da ciò che doveva considerarsi come *l'id quod plerumque accidit*. Per tale ragione, dunque, doveva farsi carico del relativo onere probatorio. Egli perse poi la lite proprio per questo motivo, non riuscendo a persuadere i giurati del fatto che l'incendio non avesse trovato la sua origine

nell'edificio da lui scelto per custodire i beni dell'attore e, specialmente, al terzo piano, ove si trovavano interi blocchi di carta e lampade al kerosene in grandi quantità (277).

A quanto ci consta, nemmeno nell'Oklahoma la materia della ripartizione dell'onere della prova della colpa del *bailee* sembrerebbe essere influenzata da qualche presunzione, e viene pertanto risolta seguendo le regole generali. Anche in questo Stato, cioè, sarà il *bailor* a dover sopportare tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion* dell'esistenza della *negligence* del *bailee*, sia perché è la parte che afferma la positiva esistenza di tale fatto giuridico, sia perché, come spesso si dice, la colpa del *bailee* è un elemento essenziale della sua *cause of action*.

Con riferimento alla giurisprudenza dell'Oklahoma possiamo richiamare qui una decisione della Corte Suprema del 1934, *English v. Traders Compress Co.* (278). Si trattava di un caso per certi aspetti simile a quello appena visto, dove il *bailor* consegnava al *bailee* sette balle di fieno, le quali vennero poi distrutte dalle fiamme presso il deposito di quest'ultimo. Radicato il giudizio per ottenere il risarcimento del danno, il *bailor* riuscì a dimostrare che, in esecuzione del contratto di *bailment* stipulato con il convenuto, egli aveva consegnato a quest'ultimo le suddette balle di fieno; che il convenuto, pertanto, si impegnava a restituirle entro il termine pattuito nel contratto o comunque quando l'attore ne avesse fatto richiesta; che, una volta scaduto il termine, il convenuto si rifiutava di riconsegnare le sette balle di fieno in quanto fortuitamente distrutte da un incendio divampato nel deposito del convenuto, rispetto al quale il *bailee* negava peraltro ogni

(277) Invero, come si sottolinea nel testo della decisione, «*it is evident ... that the defendant did not exercise the ordinary care required of him as a warehouseman. This was sufficient to cast upon him the burden of showing that the loss did not arise from his negligence, but was the result of some agency with which he was entirely disconnected*». In senso conforme si veda *Stone v. Case*, 34 Okla. 5 (1912).

(278) *English v. Traders Compress Co.*, 167 Okla. 580 (1934). Al pari dell'Oklahoma, anche nelle giurisdizioni della Pennsylvania e del Nevada la questione della ripartizione dell'onere della prova della colpa del *bailee* sembrerebbe essere risolta alla luce delle regole generali, senza ricorrere ad una presunzione di *negligence* di quest'ultimo. Si vedano in tal senso *Del Gaižo Dist. Corp. v. Gallagher*, 127 Pa. Super. 53 (Pa. Super. Ct. 1937), e soprattutto *Donlan v. Calrk*, 23 Nev. 203 (1896): «*The burden of proof in case of loss is on the bailor to prove the contract and the delivery of the goods; then upon the bailee to show the loss and the manner of the loss; the burden then shifts to the bailor to establish that the loss was due to negligence*».

responsabilità a suo carico. Questo fu ritenuto dalla Corte sufficiente a fondare una *prima facie evidence* della colpa del convenuto, idonea pertanto ad assolvere il *burden of production*.

Il *bailee*, a sua volta, allegò e dimostrò in giudizio che i locali in cui erano state depositate le balle di fieno di proprietà dell'attore dovevano considerarsi come «*properly constructed*», specialmente per quel che riguarda la prevenzione del rischio di incendi; che il sistema antincendio installato nell'edificio adibito a deposito era il migliore che si potesse installare; che lungo tutto il perimetro interno dell'edificio era disposto un numero di idranti soprasuolo in linea con quello richiesto dalla normativa dell'Oklahoma; che, infine, nel momento in cui è divampato l'incendio all'interno del locale erano in servizio due guardiani notturni, i quali hanno prontamente avvisato i vigli del fuoco quando ancora il focolaio era di dimensioni contenute. Tutto ciò, secondo la Corte, fu sufficiente per ritenere assolto il *burden of production* della sua assenza di colpa, poiché il convenuto aveva effettivamente dimostrato di aver adottato ogni precauzione che ci si sarebbe potuti aspettare da un *warehouseman* secondo l'ordinaria diligenza (279). Peraltro, in considerazione dei fatti allegati e delle prove proposte, la *prima facie evidence* dell'assenza di colpa venne considerata idonea financo a ritrasferire il *burden of production* in capo al *bailor*, e tale ritrasferimento determinò la definitiva soccombenza in giudizio di quest'ultimo. Egli, invero, non riuscì ad offrire al giudice ulteriori elementi probatori idonei a superare quanto dimostrato dal convenuto così da giustificare quantomeno la fase del giudizio di fatto davanti alla giuria, e la sua domanda fu rigettata direttamente da parte del giudice come conseguenza del mancato assolvimento del *burden of production* (280).

(279) Come si è detto nella decisione della Corte, «*The evidence introduced by the defendant company was that the defendant company used such care and diligence as an ordinarily prudent person would use with his own cotton*».

(280) Rispetto a quanto diciamo nel testo non sembrerebbe fare eccezione ciò che si legge in alcune decisioni dell'Oklahoma, come ad esempio *Smittle v. Illingsworth*, 1962 OK 167 (1962), o *Graham-Michaelis Drilling Co. v. Atkins*, 1964 OK. 250 (1964), quando si afferma che in questo genere casi si avrebbe a che fare con una autentica *evidential presumption* della colpa del *bailee*, idonea ad operare non appena il *bailor* dimostri l'esistenza del contratto di *bailment*, l'avvenuta consegna dei beni al *bailee* e la mancata restituzione degli stessi allo scadere del termine pattuito. Siamo convinti invero che determinati fatti giuridici possano essere considerati come la necessaria premessa per l'applicazione di una vera e propria regola presuntiva solamente quando essi non si

Da ultimo, anche nel Maryland, in *Refrigerating Co. v. Kreiner*, il collegio della Corte di Appello ha confermato che, la questione della ripartizione dell'onere della prova della colpa del *bailee* deve essere risolta attraverso l'applicazione delle regole generali, non facendo ricorso ad una presunzione di colpa di quest'ultimo; e in questo senso, l'onere di dimostrare la colpa del *bailee* spetterà sempre al *bailor*, e sarà un onere comprendente tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*. Abbiamo peraltro considerato utile

sovrappongano perfettamente al *thema probandum* insito nella *prima facie evidence* che comunque bisognerebbe dimostrare per assolvere il *burden of production*. Quando invece, ed è il caso delle situazioni in esame, i fatti da provare per far scattare la presunzione di colpa del *bailee* sono gli stessi che il *bailor* dovrebbe comunque provare per assolvere il proprio *burden of production*, è evidente che si finisce per parlare della medesima cosa, indipendentemente dal termine che si utilizza per riferirvisi.

Volendo fare un esempio, abbiamo visto che in alcuni Stati la presunzione di *sanity* del testatore è operante solamente a condizione che i soggetti che lo hanno assistito durante la formazione del testamento siano chiamati a deporre sulla ritualità del procedimento di formazione del medesimo. Dalla prova della ritualità, poi, si fa discendere una presunzione idonea a coprire ogni aspetto della *sanity* del testatore: in particolare, se il testamento è stato formato in modo rituale la presunzione di *sanity* opera lo stesso, anche se il testatore era in realtà *insane*. In tutti questi casi, dunque, è corretto parlare di presunzione poiché con la prova dell'esistenza di un fatto giuridico (la ritualità della formazione del testamento) si finisce per coprirne un nucleo ben più ampio, comprendente ogni profilo relativo alla *sanity* del testatore. Tale situazione invece non si verifica anche in tutti questi casi, poiché qui i fatti giuridici che si impone al *bailor* di provare al fine di fondare l'operatività della presunzione di colpa del *bailee* (esistenza del contratto di *bailment*, consegna dei beni al *bailee* e mancata restituzioni degli stessi alla scadenza del termine) sono esattamente gli stessi che comunque dovrebbero essere provati per assolvere il *burden of production*. In tal senso, una volta che il *bailor* abbia provato quei fatti giuridici il *burden of production* passerà al *bailee* in forza delle regole generali, e non come conseguenza dell'operare di una presunzione di colpa del medesimo. Del resto, come dovrebbe essere ormai chiaro, la funzione principale delle presunzioni è quella di modificare la naturale allocazione degli oneri probatori in considerazione delle ragioni più svariate, le quali impongono che una parte venga sgravata in tutto o in parte del suo carico probatorio. Nelle fattispecie in esame, invece, è evidente che il *bailor* non godrebbe di alcun alleggerimento del proprio onere probatorio, perché per rendere operante la presunzione di colpa del *bailee* dovrebbe dimostrare l'esistenza degli stessi fatti giuridici che dovrebbe comunque dimostrare per superare il *burden of production* secondo le regole generali. Bisogna pertanto censurare la terminologia utilizzata in queste e in altre decisioni, poiché parlare di *evidential presumption* della colpa del *bailee* in tutte queste ipotesi non fa altro che complicare ulteriormente la comprensione della reale portata del problema della ripartizione dell'onere della prova. Si tratta peraltro di un errore abbastanza diffuso, probabilmente anche a causa del fatto che, come abbiamo avuto modo di dire nel primo capitolo, il concetto di *prima facie evidence* viene spesso usato come sinonimo di presunzione. Volendo fare un esempio, oltre alle due decisioni dell'Oklahoma la medesima imprecisione terminologica si ritrova anche in *O'Rourke v. Bates*, 73 Misc. 414 (N.Y. Misc. 1911).

riportare tale decisione poiché è una delle poche a stabilire in modo sufficientemente chiaro che con riferimento al solo *burden of production* l'onere dell'attore non dovrà coprire necessariamente ogni specifica azione od omissione del convenuto, essendo al contrario sufficiente dimostrare l'esistenza di un nucleo di fatti giuridici – la c.d. «*proximate cause of the injury*» – che consenta poi al giudice di indurre attraverso un ragionamento inferenziale la probabile *negligence* del *bailee* (281).

Nello Stato di New York invece, in almeno due occasioni la questione dell'onere della prova della colpa del *bailee* è stata effettivamente risolta applicando un'autentica *evidential presumption*: si tratta di *Collins v. Bennett* e *Braman-Johnson Flying Service v. Thomson*.

Collins v. Bennett è una delle più antiche ed autorevoli decisioni in materia di *breach of contract* nei contratti di *bailment*, essendo stata pronunciata nel 1871 dalla Corte di Appello (282). In quell'occasione il *bailor* consegnava al *bailee* un cavallo perfettamente sano, dietro la espressa ammonizione di non cavalcarlo o utilizzarlo in alcun modo («*not to use him or harness him in any way*»). Ciò nonostante il *bailor* cavalcò l'animale in più occasioni, causandogli in ultima istanza un grave infortunio. *Braman-Johnson Flying Service v. Thomson* è invece una decisione più recente della Corte Municipale di New York, del 1938, in cui il

(281) *Refrigerating Co. v. Kreiner*, 109 Md. 361 (Md. 1909): «*it is not necessary for the bailor to show specific acts of negligence causing the damage. It is for the jury to determine from all the facts of the case whether negligence should be inferred, when such facts are legally sufficient to justify the inferences*». Il contratto di *bailment*, nella specie, aveva ad oggetto una quantità non meglio precisata di pollame, custodito in una cella frigorifera del convenuto e poi danneggiato a causa dell'esplosione di una delle tubature di proprietà della città di Baltimora. L'attore riusciva a dimostrare che la cella frigorifera non era costruita a norma, e che, se invece lo fosse stata, sarebbe riuscita a contenere l'acqua sgorgante dalla tubatura rotta. Il convenuto eccepiva che si trattava di un evento del tutto eccezionale, mai successo in sedici anni di attività, e che comunque la domanda del *bailor* avrebbe dovuto essere rigettata in quanto, pur dimostrandosi che la cella non era stata costruita a norma di legge, non si forniva anche la prova delle concrete modalità di esplosione della tubatura, né tantomeno quella del nesso sussistente tra tale fatto storico e l'allagamento della cella frigorifera. La Corte, nel respingere tali doglianze, osservò che per quanto concerne l'assolvimento del suo preliminare *burden of production* è sufficiente che l'attore dimostri quale sia stata la «*proximate cause of the injury*», senza specificare in modo tecnico e dettagliato come si sia materialmente verificato il danno. Tutti questi profili saranno destinati a venire eventualmente in rilievo nel giudizio di fatto davanti ai giurati.

(282) *Collins v. Bennett*, 46 N.Y. 490 (N.Y. 1871). In senso conforme, tra le tante decisioni che si sono inserite nel solco di tale pronuncia si veda *Lyons v. Thomas*, 34 Misc. 175 (N.Y. Misc. 1901).

bailor citava in giudizio il *bailee* a causa dei danni riportati dall'aereo che era stato noleggiato al convenuto (283). Anche qui, l'attore specificò determinate modalità di utilizzo del bene al convenuto, comunicandogli espressamente che l'autonomia di volo consentita dalla portata del serbatoio del velivolo era solamente di quarantacinque minuti. Di nuovo, il *bailee*, che peraltro era un pilota esperto, disattendendo le istruzioni del *bailor*, utilizzò l'aereo per più di quarantacinque minuti, essendo poi costretto ad effettuare un atterraggio di fortuna che danneggiò il velivolo.

In entrambi i casi gli attori affermavano di aver subito un danno a causa della condotta colpevole del convenuto, allegando in giudizio di aver consegnato a quest'ultimo il bene oggetto del contratto di *bailment*, di aver espressamente specificato determinate modalità di utilizzo e, infine, denunciando che il *bailee*, disattendendo a quelle istruzioni, danneggiava il bene oggetto del contratto di *bailment*. Specularmente, i convenuti contestavano quanto affermato dagli attori, sostenendo che il danno fosse avvenuto per causa ad essi non imputabile. In questo modo, dunque, la colpa del *bailee* diveniva un fatto giuridico controverso, ossia *in issue*, e si poneva pertanto il problema della ripartizione degli oneri probatori.

Come sarà ormai senz'altro chiaro, abbiamo visto che teoricamente, in applicazione delle regole generali, sarebbe onere del *bailor* dimostrare l'esistenza della colpa del *bailee* nel cagionamento del danno subito. Peraltro, in entrambi i casi i giudici decisero diversamente, stabilendo che una volta che il *bailor* abbia dimostrato che il bene era integro al momento della consegna al *bailee*, ma sia poi stato restituito danneggiato, sia possibile presumere la colpa di quest'ultimo nel cagionamento del danno. Volendo ora approfondire il discorso, il primo dato da sottolineare è che in ambedue le decisioni l'inversione dell'onere della prova è stata circoscritta al solo *burden of production*. Si trattava, dunque, di una *evidential presumption*, la quale traeva la propria giustificazione da ragioni riconducibili prevalentemente al principio del *access to evidence* e a quello della *probability*. Per quanto riguarda il primo, si è osservato che i fatti che avrebbero dovuto essere provati per

(283) *Braman-Johnson Flying Service v. Thomson*, 167 Misc. 167 (N.Y. Misc. 1938).

valutare eventuali profili di colpevolezza della condotta tenuta dai convenuti rientravano più direttamente nella loro sfera giuridica, considerando soprattutto che i beni dell'attore, nel momento in cui si verificava l'evento dannoso, erano materialmente in possesso dei convenuti, i quali erano pertanto nella miglior posizione per chiarire le dinamiche dell'accaduto. Rispetto a tali fatti, come si è detto, essi avrebbero un «*peculiar knowledge*» tale da giustificare una modificazione della naturale allocazione del *burden of production*. Si è poi sostenuto che sia l'infortunio procurato al cavallo, sia il guasto cagionato al velivolo, sono due tipi di danni che normalmente non si verificano quando un cavallo e un velivolo di quel tipo vengono utilizzati con la normale diligenza che ci si potrebbe aspettare da chi li deve solamente custodire, tenuto conto anche delle istruzioni ricevute dai proprietari dei beni stessi. Poste tali premesse si è poi affermato che i convenuti, allegando in giudizio l'inesistenza della propria *negligence*, avrebbero allegato il fatto giuridico che, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, appariva essere quello più improbabile, vale a dire che tende ad allontanarsi da ciò che in fattispecie analoghe rappresenta l'*id quod plerumque accidit*. Anche per questo motivo si è deciso di onerarli della relativa prova (284).

Anche nel Michigan, in una decisione della Corte Suprema del 1896, *Knights v. Piella*, è stato stabilito che una volta che sia dimostrata l'esistenza di determinati fatti giuridici, la ripartizione dell'onere della prova della colpa del *bailee* può subire variazioni in applicazione di una *evidential presumption* della colpa di quest'ultimo (285). Più in particolare, in quel caso si stabilì che quando l'attore dimostri di aver lasciato la propria auto in un parcheggio custodito, solitamente mediante la produzione del tagliando rilasciato dal parcheggiatore, e alleghi poi la mancata riconsegna della vettura da parte di quest'ultimo, sorge una *evidential presumption* della *negligence* del parcheggiatore (286). Nel

(284) Ci limitiamo a riportare qui il passo di *Collins v. Bennett*, comunque condiviso anche dall'altra decisione: «*If the horse was sound when delivered to the defendant, the onus is on him of showing that he took proper care of him, and was not guilty of negligence that caused the injury ... for two reasons. First. Because the facts are within the defendant's peculiar knowledge, and he should, therefore, prove them. Second. Such an injury does not usually occur, without negligence on the part of the custodian of the animals.*»

(285) *Knights v. Piella*, 111 Mich. 9 (1896).

(286) Come nei due casi visti precedentemente, invece, il *burden of persuasion* della *negligence* del parcheggiatore fu sin dal principio posto in capo all'attore, non venendo influenzato dalla

caso di specie, peraltro, il parcheggiatore allegava in giudizio a titolo di «*exculpation*» che la vettura non poteva essere riconsegnata al proprietario poiché era stata rubata. Questa tesi fu giudicata favorevolmente dalla Corte, la quale ritenne che la presunzione di *negligence* dovesse ritenersi vinta, sì che in sostanza il *burden of production* tornava nuovamente all'attore, il quale doveva ora dimostrare che il furto dell'automobile fosse avvenuto a causa di una condotta colpevole del parcheggiatore, consistente nella omessa vigilanza sulle auto parcheggiate. Tale onere probatorio non fu assolto, ed egli perse la lite senza che fosse nemmeno necessario svolgere il giudizio di fatto davanti ai giurati.

Questa tesi della Corte Suprema del Michigan fu poi confermata fra l'altro in *Pennsylvania R. Co. v. Denni's Estate*, in *Douglas Shoe Co. v. Railway Co.*, e in *General Ins. Corp. v. Parking Grounds* (287). Diversamente, invece, in questo genere di casi la giurisprudenza della California afferma che la presunzione di *negligence* del parcheggiatore, pur continuando ad essere *evidential* ed operando solamente dopo che l'attore abbia dimostrato il deposito dell'auto nel parcheggio e la mancata riconsegna della stessa da parte del parcheggiatore, è idonea a coprire ogni possibile aspetto della sua responsabilità. Ciò significa, concretamente, che i parcheggiatori californiani non possono sperare di vincere la presunzione di *negligence* sfavorevole solamente allegando, in via di *exculpation*, che la riconsegna dell'auto al proprietario non è stata possibile a causa del furto della stessa, ma dovranno andare oltre, dimostrando anche che il furto è avvenuto senza loro colpa. Si è espressa in questi termini *Perera v. Panama-Pacific Int. Exp. Co.*, seguita poi da *England v. Lyon Fireproof Storage Co.*, da *Beetson v. Hollywood Athletic Club*, e da *Gardner v. Downtown Porsche Audi* (288).

presunzione di colpa: «*to this extent ... a burden rests upon the defendant; but, if this question of fact becomes a disputed one, the evidence of the plaintiff must preponderate*».

(287) *Pennsylvania R. Co. v. Denni's Estate*, 231 Mich. 367; *Douglas Shoe Co. v. Railway Co.*, 241 Mich. 297; *General Ins. Corp. v. Parking Grounds*, 254 Mich. 1.

(288) *Perera v. Panama-Pacific Int. Exp. Co.*, 179 Cal. 63; *England v. Lyon Fireproof Storage Co.*, 94 Cal.App. 562; *Beetson v. Hollywood Athletic Club*, 109 Cal.App. 715; *Gardner v. Downtown Porsche Audi*, 180 Cal.App.3d 713 (Cal. Ct. App. 1986).

6. *La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni fondate sui contratti di assicurazione: excepted causes e warranty clauses.* – Passando dai contratti di *bailment* ai contratti assicurativi («*insurance law*»), in via preliminare possiamo osservare che i lineamenti principali di tale materia presentano diversi tratti comuni con gli ordinamenti di *civil law*. Invero, anche negli ordinamenti di *common law* il contratto di assicurazione è caratterizzato principalmente dalla aleatorietà e dal rischio, oltre che essere sostanzialmente un contratto unilaterale: l'assicurato paga un premio all'assicuratore, il cui importo sarà più o meno alto in considerazione della probabilità più o meno elevata che l'evento assicurato («*insured event*») si verifichi, e l'assicuratore, solitamente, non restituirà nulla dei premi incassati, salvo liquidare all'assicurato un determinato importo nel caso in cui l'evento assicurato effettivamente si verifichi (289).

In entrambi gli ordinamenti si riscontra poi un ulteriore elemento comune, che ai fini della nostra ricerca assume notevole importanza: la circostanza che nei contratti assicurativi l'evento assicurato possa essere descritto solamente in termini generalissimi. Così, volendo fare un esempio, in una polizza assicurativa contro il danneggiamento o la distruzione di un determinato bene a causa di un incendio («*fire insurance policy*»), l'evento assicurato viene descritto come «*loss by fire*». Sennonché, una generalizzazione eccessiva spesso comporta in sede giudiziaria tutta una serie di complicazioni allorché si tratti di interpretare il contenuto del contratto, stabilendo se l'evento storico in concreto verificatosi corrisponda effettivamente a quello coperto dalla polizza assicurativa. Proprio per limitare il più possibile questo genere di problemi, le compagnie assicurative sono solite inserire nei contratti alcune clausole dirette a circoscrivere nel modo più preciso possibile i limiti della loro responsabilità («*liability*»). In questa sede concentreremo la nostra attenzione su due delle più diffuse tipologie di tali clausole, che sono anche quelle che destano maggiori problemi rispetto alla questione della ripartizione degli oneri probatori: ci riferiamo alle c.d. «*excepted cause*», che letteralmente significa «cause escluse»,

(289) Per un'introduzione su questo argomento nella dottrina di *common law* rinviamo al bellissimo contributo di PATTERSON, *Warranties in Insurance Law*, in *Columbia Law Review* 1934, vol. XXXIV, 4, 595 e ss., del quale la prima parte di questo paragrafo è largamente debitrice.

e alle c.d. «*warranties*», o «*warranty clauses*». Entrambe sono sostanzialmente delle condizioni del contratto di assicurazione, e fanno riferimento a fatti storici che, pur essendo diversi dall'*insured event*, sono tuttavia direttamente connessi con quello, nel senso che sono idonei ad influire sulle probabilità che l'evento assicurato si verifichi o non si verifichi.

La caratteristica principale delle *excepted causes* è sostanzialmente quella di essere delle condizioni del contratto espresse in negativo, dal cui avveramento consegue direttamente o indirettamente la realizzazione dell'*insured event*. In questo senso, la loro funzione è quella di escludere in tutto o in parte la responsabilità dell'assicuratore qualora l'evento assicurato si sia verificato proprio in conseguenza di un evento previsto da una *excepted cause*. Per fare alcuni esempi, in una *fire insurance policy* l'assicuratore potrà inserire diverse *excepted causes*, stabilendo che non sarà responsabile nel caso in cui l'incendio che ha distrutto il bene assicurato sia stato originato direttamente o indirettamente da un attacco militare straniero, da insurrezioni o ribellioni, dallo scoppio di una guerra civile e via dicendo (290). Nelle *life insurance policies* invece, solitamente si prevede come *excepted cause* il suicidio dell'assicurato entro un quinquennio dalla stipula del contratto di assicurazione. Anche qui, dato che l'*insured event*, ossia la morte dell'assicurato, è stata diretta conseguenza di una *excepted cause*, la responsabilità dell'assicuratore sarà esclusa del tutto ovvero limitata ad un determinato importo.

Le *warranties*, al contrario, sono solitamente espresse in positivo, e fanno riferimento a fatti storici antecedenti o contestuali alla stipulazione del contratto di assicurazione idonei ad incidere sulla ponderazione delle probabilità che l'evento assicurato si verifichi o non si verifichi. Proprio per questo motivo vengono chiamate anche «*conditions-precedents*»: ciò serve a distinguerle dalle *excepted causes*, che sono invece delle

(290) Si tratta di alcune delle *excepted causes* previste dal modello generale di *fire insurance policy* valido ancora oggi per le compagnie assicurative che operano nello Stato di New York: «*This company shall not be liable for loss by fire ... caused directly or indirectly, by: (a) enemy attack by armed forces, including actions taken by military, naval or air forces in resisting an actual or an immediately impending enemy attack; (b) invasion; (c) insurrection; (d) rebellion; (e) revolution; (f) civil war; (g) usurped power; (h) order of any civil authority except acts of destruction at the time of and for the purpose preventing the spread of fire ... (i) neglect of the insured to use all reasonable means to save and preserve the property at and after the loss, or when the property is endangered by fire in neighboring premises*»,

«*condition-subsequent*». L'esempio più chiaro di una *warranty clause* è la c.d. «*delivery-in-good-health clause*», spesso inserita nelle *life insurance policies*. Nel momento della definitiva stipulazione del contratto di assicurazione sulla vita e, soprattutto, durante tutta la precedente fase di negoziazione dell'accordo finale, l'assicurato ha l'onere di rappresentare all'assicuratore la sua attuale situazione fisica e mentale, rendendo edotta la controparte di eventuali malattie o altri problemi di salute, in modo che sia così possibile effettuare una valutazione sufficientemente precisa del rischio che l'evento morte si verifichi. Posto che è comunque onere dell'assicuratore svolgere un'indagine sullo stato di salute dell'assicurato prima della stipulazione del contratto, la mancata dichiarazione da questo genere di dati da parte di quest'ultimo si ritiene integri ad una particolare forma di *breach of contract* (291).

Si tratta a questo punto di vedere come viene ripartito l'onere della prova quando, nel giudizio instaurato dall'assicurato nei confronti dell'assicuratore al fine di ottenere

(291) Come è stato ben sottolineato in dottrina, da un certo punto di vista una *warranty clause* potrebbe essere vista anche come una promessa dell'assicurato, piuttosto che come una condizione del contratto di assicurazione e, specialmente, come una condizione della prestazione dell'assicuratore. Così, prendendo come esempio la clausola di *delivery-in-good-health* inserita nelle polizze vita, sottoscrivendo il contratto l'assicurato in un certo senso è come se stesse promettendo all'assicuratore di godere di un normale stato di salute, senza essere afflitto da particolari malattie. In questo modo, nel caso in cui egli muoia poco tempo dopo la stipula del contratto a causa di una grave malattia, dalla verifica dell'evento morte conseguiranno due effetti, autonomi e indipendenti l'uno dall'altro: da un lato la piena responsabilità dell'assicuratore, poiché l'evento che si è concretamente verificato corrisponde a quello descritto nel contratto di assicurazione; dall'altro lato la violazione della promessa da parte dell'assicurato, poiché la sua morte è risultata essere la diretta conseguenza di una circostanza che era stata falsamente rappresentata all'assicuratore come inesistente. Così stando le cose, la ragione per cui si riconducono fattispecie simili alla categoria concettuale delle condizioni della responsabilità dell'assicuratore, e non a quelle della promessa dell'assicurato, è che in questo secondo caso il *breach of warranty* da parte di quest'ultimo non potrebbe essere sanzionato adeguatamente, e l'assicuratore si troverebbe ad essere sfornito di adeguata protezione. Nel nostro esempio egli sarebbe anzitutto obbligato a liquidare ai beneficiari della polizza l'intero importo pattuito nella stessa, in quanto la sua responsabilità sarebbe comunque piena e non limitata, residuando poi solamente la possibilità di agire in ripetizione contro gli stessi allegando in giudizio la violazione della promessa fatta dall'assicurato. Sono peraltro palpabili le difficoltà probatorie che si affaccerebbero in uno scenario del genere, non essendo evidentemente possibile fra le altre cose escutere in sede di *cross-examination* l'assicurato stesso. Per ulteriori approfondimenti su tutti questi aspetti delle *warranty clauses* rinviamo a PATTERSON, op. cit., 604-605.

quanto gli spetta in base al contratto di assicurazione («*right to recovery*»), l'assicuratore eccepisca che l'*insured event* si è verificato in conseguenza di una *excepted cause*, e che dunque nulla è dovuto all'assicurato. Il *breach of warranty*, invece, potrà essere alternativamente allegato in giudizio come inesistente da parte dell'assicurato, ovvero come esistente da parte dell'assicuratore, e dovremo esaminare se tale considerazione sia idonea o meno ad influenzare la dinamica della allocazione degli oneri probatori tra le parti.

Partendo proprio dalle *excepted causes*, la regola generale è che deve essere positivamente allegato e provato dall'assicuratore convenuto che la sua responsabilità è in tutto o in parte esclusa perché l'*insured event* si è verificato in conseguenza di una di queste cause: si tratta dunque di una *affirmative defense*. Per l'assicurato che agisce in giudizio sarà dunque sufficiente allegare e provare l'esistenza e la validità del contratto di assicurazione, oltre a dimostrare, naturalmente, che l'evento che si è concretamente verificato corrisponde a quello descritto nel contratto di assicurazione. Egli non avrà pertanto anche l'onere di dimostrare che tale evento non è stata la conseguenza diretta o indiretta di una *excepted cause*. In questo senso, volendo utilizzare una terminologia ricorrente nella giurisprudenza americana, possiamo dire che egli non avrà anche un «*duty of negating*».

Fra i tanti precedenti giurisprudenziali rintracciabili su questo punto, ci è sembrata particolarmente chiara una decisione della Corte Suprema del Montana del 1934, *Sullivan v. Metropolitan Life Ins. Co.* (292). Si trattava del giudizio instaurato dalla moglie di tale James J. Sullivan contro la compagnia assicuratrice con la quale il marito aveva stipulato una *life insurance policy*, al fine di ottenere quanto spettante in base al contratto. Dagli atti di causa emergeva fra le altre cose che l'assicurato lavorava come guardiano notturno presso un sito minerario; che nel giugno del 1932, mentre stava svolgendo le sue mansioni lavorative, scivolò su di una lamiera di metallo, sbattendo violentemente la testa; che tale caduta provocò una grave emorragia cerebrale, che di lì a poco lo avrebbe condotto alla morte; che, infine, prima di questo incidente l'uomo godeva sostanzialmente di buona salute, fatto salvo un indebolimento dei vasi sanguigni causato dall'arteriosclerosi, patologia

(292) *Sullivan v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 96 Mont. 254 (1934).

dovuta più che altro alla sua età avanzata. Nello specifico, l'attrice sosteneva nel proprio *claim* che, in base ai termini del contratto assicurativo stipulato dal marito, ella avesse diritto ad ottenere il bonus «*accidental death benefit*», pari al doppio dell'indennità pattuita, che la compagnia assicuratrice si era impegnata a corrispondere nel caso in cui la morte dell'assicurato potesse essere considerata come frutto di un evento «accidentale», nel senso di altamente improbabile. Invero, secondo la sua tesi difensiva l'emorragia cerebrale avrebbe dovuto considerarsi esclusivamente come conseguenza diretta ed immediata della caduta sulla lamiera, e tale evento rientrava senz'altro nella nozione di «*accidental event*» descritta nel contratto assicurativo.

La compagnia assicuratrice convenuta si difese in via generale contestando quanto affermato dall'attrice, eccependo poi il difetto di *cause of action*. Si osservava invero che l'attrice non avrebbe dimostrato che l'evento che ha causato la morte dell'assicurato non fosse in realtà una delle *excepted causes* previste nella polizza e, segnatamente, che l'incidente mortale si fosse verificato in prossimità di pozzi o gallerie minerarie sotterranee, circostanza comunque abbastanza probabile considerando che l'assicurato è caduto mentre svolgeva il proprio lavoro (293). In altre parole, si chiedeva al giudice di rigettare la domanda dell'attrice poiché non aveva soddisfatto il suo *duty of negating*.

Da questo punto di vista, che poi è quello che più ci interessa, la Corte, confermando le decisioni dei primi due gradi di giudizio, stabilì chiaramente che in questo genere di casi per l'attore è sufficiente allegare e provare l'esistenza di un contratto

(293) Ai fini di una migliore comprensione delle decisione, riportiamo per esteso uno stralcio della *life insurance policy* azionato dall'attrice evidenziando la *excepted cause* eccepita dalla compagnia assicuratrice: «*Upon the receipt of due proof that the insured ... has sustained, after the date of this policy, bodily injuries, solely through external, violent and accidental means, resulting, directly and independent of all other causes, in the death of the insured within ninety days from the date of the bodily injuries ... the company will pay in addition to any other sums due under this policy and subject to the provisions of this policy an accidental death benefit equal to the face amount of insurance then payable at death, except that if such bodily injuries are sustained by the insured while employed in or on the premises of any open pit or underground mine shall be only one-half of the face amount of insurance then payable at death ... No accidental death benefit will be paid if the death of the insured is the result of self-destruction, whether sane or insane, nor if death is caused or contributed to, directly or indirectly, or wholly or partially, by disease, or by bodily or mental infirmity*». Abbiamo evidenziato in corsivo la *excepted causes* eccepita dall'assicuratore.

assicurativo e che l'evento storico concretamente verificatosi è effettivamente identificabile con quello coperto dal contratto stesso. Una volta dimostrati tali fatti è possibile dire che l'assicurato abbia fornito una *prima facie evidence* dell'esistenza del suo *right of recovery*, e spetterà all'assicuratore convenuto allegare e provare in giudizio che la sua responsabilità è esclusa o limitata poiché l'accadimento naturale che ha contribuito alla realizzazione dell'evento assicurato è in realtà una *excepted cause* (294).

L'eccezione di difetto di *cause of action* fu invece accolta. Per la Corte, invero, i giudici dei gradi precedenti avrebbero commesso un grave errore non prendendo in dovuta considerazione il fatto che l'assicurato soffrisse di arteriosclerosi. Secondo la tesi dell'attrice, confermata anche dalle decisioni dei gradi precedenti, la causa principale della morte del marito testatore sarebbe stata esclusivamente la caduta e il susseguente colpo alla testa: senza quella caduta i vasi sanguigni dell'assicurato, e specialmente quelli del cervello, pur continuando ad essere deboli, di certo non si sarebbero rotti causando un'emorragia cerebrale. All'opposto, la compagnia assicuratrice convenuta individuava la causa principale della morte dell'assicurato proprio nella sua arteriosclerosi, posto che se i vasi sanguigni non fossero stati così deboli, quella caduta non avrebbe potuto avere degli effetti così devastanti. Su questo punto, la Corte, facendo tesoro delle *opinions* di numerosi precedenti giurisprudenziali che si sono occupati di tale dibattutissima questione, stabilì che le due cause, vale a dire arteriosclerosi e caduta, dovevano essere considerate come due cause perfettamente concorrenti nella produzione dell'evento morte. In questo senso, dato che l'evento assicurato risultava essere almeno in parte la conseguenza di una *excepted cause*, si negò il diritto dell'attrice ad ottenere il bonus di *accidental death benefit*, e si limitò proporzionalmente la responsabilità della compagnia assicuratrice convenuta.

(294) Così nel testo della decisione: «*The rule is that allegations of a complaint are sufficient as to substance if a cause of action is stated therein upon any theory ... the person seeking to recover need not allege that the death or injury of the insured did not result from any of the causes which by the terms of the policy would relieve the insurer from liability thereunder: the fact that the death or injury resulted from such cause is a matter of affirmative defense and must be alleged by the insurer in its answer*» (enfasi nostra). In senso analogo è poi possibile vedere *Business Men's Assurance v. Read*, 48 S.W.2d 678; *Scott v. Continental Life Ins. Co.*, 15 La. App. 221, 131 So. 478; *Nichols v. New York Life Ins. Co.*, 88 Mont. 132; *Dennis v. Union Mutual Life Ins. Co.*, 84 Cal. 570; *Martin v. National Livestock Ins. Assn.*, 65 Or. 29.

Le stesse conclusioni sono state raggiunte anche in una decisione della Corte Suprema dell'Oklahoma del 1926, *Redfearn v. American Cent. Ins. Co.*, con riferimento alla c.d. «*riot clause*» nelle *fire insurance policies*, e da una decisione della Corte di Appello dell'Illinois del 1941, *Goldfarb v. Maryland Causality Co.*, con riferimento alla questione della *surface water* in una *water damage insurance policy* (295).

Nella prima decisione la compagnia assicuratrice, convenuta in giudizio, riuscì a dimostrare che l'incendio che aveva distrutto i due immobili assicurati era da ricollegare direttamente ad una *excepted cause*, vale a dire una rivolta («*riots*») della popolazione di etnia afroamericana scoppiata nel 1921 nella città di Tulsa. Diversi testimoni chiamati dall'assicuratore deposero invero sul fatto che in pochi giorni, almeno una quarantina di immobili localizzati nella parte nord est della città, compresi quelli di proprietà dell'assicurato, furono dati alle fiamme. Considerata anche la notorietà dei fatti di causa, la Corte ebbe gioco facile nell'accogliere l'eccezione della convenuta, ritenendo che fosse stato pienamente dimostrato che la verifica dell'*insured evidence* fosse da ricollegare direttamente ad una *excepted cause* prevista nel contratto di assicurazione, e, segnatamente, quella che escludeva la responsabilità dell'assicuratore per incendi originati da guerre civili o rivolte (296).

Nella seconda decisione, invece, la questione della ripartizione dell'onere della prova appariva essere più complicata. L'assicurato azionava in giudizio una *water damages insurance policy*, affermando che a causa di una violentissima tempesta e delle forti piogge il proprio negozio di abbigliamento subì diversi danni, tanto nella parte principale, quanto al seminterrato, dove l'acqua ristagnante danneggiò irrimediabilmente una grande quantità di capi d'abbigliamento. Anche in questo caso l'assicurato si limitava ad allegare e provare in giudizio l'esistenza di tale contratto di assicurazione stipulato con la compagnia

(295) *Redfearn v. American Cent. Ins. Co.*, 116 Okla. 137 (1926); *Goldfarb v. Maryland Causality Co.*, 311 Ill. App. 568 (Ill. App. Ct. 1941).

(296) Dal testo della decisione apprendiamo infatti che la *policy* azionata in giudizio dall'assicurato comprendeva tale *excepted cause*: «*This company shall not be liable for loss caused directly or indirectly by invasion, insurrection, riot, civil war or commotion, or military or usurped power, or by order of any civil authority*».

assicuratrice convenuta, aggiungendo che i danni subiti a causa della *rainstorm* che si era abbattuta sul negozio corrispondevano perfettamente alla tipologia di danni descritti nel – e coperti dal – contratto di assicurazione. La convenuta, nelle proprie difese, eccepeva peraltro che solamente la minor parte dei danni subiti dall'assicurato, quelli relativi alla parte principale del negozio, potevano ritenersi coperti dalla polizza. Al contrario, si sosteneva che per i danni causati dall'allagamento del seminterrato la propria responsabilità avrebbe dovuto considerarsi esclusa poiché si trattava di danni derivanti da una *excepted cause*, ossia la *surface water* (297). Anche qui l'onere della prova fu posto in capo alla compagnia assicuratrice che allegava l'applicabilità di tale *excepted cause*, solo che, diversamente dalla decisione precedente, tale onere probatorio non fu assolto. Nonostante tutti i rilievi e i sopralluoghi effettuati sull'immobile, la convenuta non riuscì a dimostrare che l'acqua che aveva allagato il seminterrato fosse effettivamente quella confluita inizialmente nella parte principale del negozio, poi scivolata verso il basso, e non invece acqua penetrata direttamente nel seminterrato attraverso grate o finestre.

Solamente nel Texas la regola che abbiamo esaminato sembrerebbe essere invertita, nel senso che si impone all'assicurato che agisce in giudizio un vero e proprio *duty of negating*, non essendo più sufficiente per lui allegare e dimostrare l'esistenza del contratto di assicurazione e l'identità tra l'evento in concreto verificatosi e l'evento coperto da tale *policy* assicurativa. Invero, al fine di azionare con successo il suo *right to recover*, egli dovrà anche dimostrare che l'*insured event* non è stata la conseguenza di una delle *excepted causes* previste nel contratto.

(297) Questo il testo della *policy* assicurativa dedotta in giudizio, dove si parla della *surface water*. «*This company shall not be liable for loss or damage cause directly or indirectly, (a) by seepage, leakage or influx of water through building walls, foundations, lowest basement floors, sidewalks, or sidewalk lights; or (b) by floods, inundation, backing up of sewers drains, or the influx of tide, rising of surface waters ... or (g) by neglect of the insured to use all reasonable means to save and preserve the property at and after a water damage*». Secondo la compagnia assicuratrice, in sostanza, lo spettro di danni coperti dalla polizza ricomprendeva solamente quelli causati direttamente dalla forte caduta della pioggia sull'immobile. Al contrario, dovevano considerarsi esclusi dalla copertura assicurativa tutti i danni conseguenti, o indiretti, causati dal successivo spostamento dell'acqua che, accumulatasi in un punto del locale, in base alla forza di gravità scendeva poi verso cantine o, appunto, seminterrati, allagandoli.

Si è trattato peraltro di un'evoluzione giurisprudenziale abbastanza nebulosa, e merita di essere presa qui brevemente in considerazione. In un primo caso del 1880, *East Texas Fire Ins. Co. v. Dyches*, la posizione della Corte Suprema del Texas fu in linea con quella che negli altri Stati è ancora oggi la regola generale (298). Dopo appena dieci anni vi fu un primo *overruling* da parte della stessa Corte Suprema, con il caso *Pelican Ins. Co. v. Troy Co-operative Association*, dove si affermò che in tutti questi casi era onere dell'assicurato allegare e provare anche che l'incendio che distruggeva i beni assicurati non aveva trovato la propria origine in una delle *excepted causes* previste nella *fire insurance policy* (299). Nel 1894 la Corte di Appello del Texas, in *Burlington Insurance Company v. Rivers*, ritenne di non poter condividere quanto da ultimo affermato dalla Corte Suprema, e di dover anzi rifarsi al precedente del 1880 (300). Questa impostazione fu poi via via condivisa da diverse decisioni della medesima Corte, tra cui *Georgia Home Ins. Co. v. Trice*, *LLoyds America v. Payne* e *Travelers Ins. Co. v. Barker* (301).

Esaminando le decisioni che abbiamo riportato, ci sembrano essere sostanzialmente due le giustificazioni che stanno alla base di tale inversione dell'onere della prova rispetto alla riconducibilità della verifica dell'evento assicurato ad una *excepted cause* prevista nella polizza assicurativa.

Secondo una prima giustificazione, che ben emerge da *Travelers Ins. Co. v. Barker*, tale differente allocazione degli oneri probatori deriverebbe da un peculiare atteggiamento tenuto dalle corti texane rispetto all'interpretazione dei contratti di assicurazione. In altri

(298) *East Texas Fire Ins. Co. v. Dyches*, 56 Tex. 569 (1880).

(299) *Pelican Ins. Co. v. Troy Co-operative Association*, 77 Tex. 225, 13 S.W. 980. Nello stesso senso *Phoenix Ins. Co. v. Boren*, 83 Tex. 97, 18 S.W. 484.

(300) *Burlington Insurance Company v. Rivers*, 9 Tex. Civ. App. 177 (1894).

(301) *Georgia Home Ins. Co. v. Trice*, 70 S.W.2d 356 (Tex. Civ. App. 1934); *LLoyds America v. Payne*, 85 S.W.2d 794 (Tex. Civ. App. 1935) e *Travelers Ins. Co. v. Barker*, 96 S.W.2d 559 (Tex. Civ. App. 1936). Nell'ultima decisione che abbiamo citato, oltre che riconoscere espressamente la difficoltà di ricostruire la posizione della giurisprudenza del Texas su questa materia, si afferma che a partire da *East Texas Fire Ins. Co. v. Dyches*, «*the pendulum has swung to the other extreme, and, while what has been said is not perfectly clear, we gather from reading all the cases we could find upon that question that where the general liability of the insurer is limited by special exceptions stated in the policy, the burden is on the insured to both alleged and prove that the loss sustained by him comes within the general liability thus assumed by the insurer, and, in addition, that it does not come with any of the excepted causes*».

termini, si ritiene che la funzione delle *excepted causes* sia quella di far fuoriuscire dal nucleo di rischio coperto dal contratto di assicurazione determinati eventi, o causalità, sì che, in sostanza, la promessa dell'assicuratore sarebbe quella di pagare all'assicurato solamente ciò che resta una volta che la porzione di rischio esclusa («*excepted risk*») sia stata espunta dalla polizza assicurativa. Da questo punto di vista, quindi, sarebbe onere dell'assicurato allegare e dimostrare che l'evento in concreto verificatosi può essere ricondotto alla rimanente area di rischio coperta dalla polizza, al netto di tutti eventi rischiosi che ne fuoriescono in conseguenza dell'operare delle *excepted causes* (302). Questa impostazione non pare essere però del tutto convincente, poiché quello stesso argomento dell'interpretazione del testo del contratto il più delle volte viene rovesciato, al fine di sostenere la tesi maggioritaria. Oltre a tutte le decisioni citate in precedenza, è possibile qui richiamare a titolo esemplificativo una sentenza della Corte Suprema della Carolina del Nord, *Collins v. U.S. Casualty Co.*, dove si è detto chiaramente che, di regola, occorre ritenere che il contratto assicurativo copra completamente ogni sfumatura dell'*insured event*, e che se, eccezionalmente, in forza dell'applicazione di una *excepted cause*, la compagnia assicuratrice convenuta affermi che una parte del rischio non poteva considerarsi coperta dalla polizza assicurativa, allora spetterà alla stessa allegare e dimostrare tale eventualità (303).

Resta, allora, solamente una seconda giustificazione, della quale si trova qualche traccia nel precedente più antico in tal senso, ossia *Pelican Ins. Co. v. Troy Co-operative Association*, oltre che in *Burlington Insurance Company v. Rivers*, e che consideriamo sicuramente più condivisibile, anche alla luce di tutto quello che abbiamo avuto modo di

(302) Su questo punto ci sembra addirittura emblematico tale passaggio di *Travelers Ins. Co. v. Barker*. «*if the exception be regarded as taking something out of the general portion of the contract so that the promise is to perform only what remains after the part or risk excepted is taken away ... the burden rests upon the plaintiff to show that his cause of action does not fall within an excepted risk*».

(303) *Collins v. U.S. Casualty Co.*, 172 N.C. 543 (1916): «*The clause of the policy withdrawing from its operation what would otherwise be embraced by it is in the nature of an exception, or an exemption of the company, under the specified circumstances, from liability thereon, and if the company would avail itself of the exemption, it must establish the facts which bring the case within the same ... The policy is broadly worded, covering all cases of sickness, and if there was any special kind of illness which was excepted from the general words, the defendant should have shown it*».

dire finora. Nel Texas, l'inversione dell'onere della prova rispetto alla applicabilità delle *excepted causes*, in altre parole, non sembrerebbe essere spiegabile in altro modo se non alla luce di un particolare *favor* per le compagnie assicuratrici, evidentemente giustificato da particolari ragioni di *social convenience* reputate come meritevoli di tutela da parte dei giudici texani. Non a caso, dunque, nella seconda decisione che abbiamo richiamato si afferma fra l'altro che le *excepted causes* sono inserite nei contratti di assicurazione ad esclusivo beneficio degli assicuratori, i quali, pertanto, «devono poter trarne tutto il vantaggio possibile». Ciò che non accadrebbe, naturalmente, se incombesse a loro l'onere di dimostrarne la concreta applicabilità (304).

Con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova rispetto alle *warranty clauses*, invece, la situazione sembrerebbe essere specularmente opposta rispetto a quanto abbiamo visto accadere per le *excepted causes*, nonostante si tratti di due condizioni del contratto di assicurazione che presentano tra loro diverse analogie, soprattutto a livello formale e lessicale. Proprio per questo motivo, non dovrebbe stupire se in una decisione, che avremo comunque modo di esaminare meglio a breve, si è detto che la conseguenza più significativa del ricondurre una determinata clausola contrattuale all'una o all'altra categoria è proprio quella relativa alla ripartizione del *burden of proof* (305).

Pur essendo relativamente recente e non provenendo da una massima corte, riteniamo molto utile iniziare la trattazione di questo argomento esaminando quanto stabilito nel 1939 dal collegio della Corte di Appello dell'Indiana, nel caso *Kentucky Cent. Ins. Co. v. White* (306). In tale decisione, invero, si chiariscono tutti gli aspetti principali

(304) *Burlington Insurance Company v. Rivers*: «All these conditions, if such they may be called, are inserted in the policy by way of proviso, and not at all as conditions precedent. They are introduced for the benefit of the defendants; and they must take advantage of, if at all, by pleading» (enfasi nostra).

(305) Ci riferiamo a *Fuller v. New York Fire Ins. Co.*, 184 Mass. 12 (1903): «The most important effect of construing the clause in question as a warranty ... is upon the very question of the burden of proofs». Per un approfondimento della problematica della ripartizione dell'onere della prova delle *warranty clauses* si veda il contributo di MECHEM, *The Burden of Proof in Life Insurance Cases*, in *Central Law Journal* 1883, vol. XVI, 366 e ss.

(306) *Kentucky Cent. Ins. Co. v. White*,

della ripartizione dell'onere della prova dell'applicabilità di una clausola di *warranty*, svolgendo anche un'analisi sulle relative criticità.

In quel caso l'attore, marito dell'assicurata, poi deceduta a causa di una malattia cardiaca, conveniva in giudizio la compagnia assicuratrice con la quale la moglie aveva stipulato una polizza sulla vita, deducendo il suo *right to recover*. La compagnia assicuratrice si rifiutava di versare l'importo dovuto in base alla polizza, e allegava in giudizio un *breach of warranty* da parte dell'assicurata. Nella specie, si affermava che la stessa avrebbe comunicato in più occasioni di godere di buona salute quando in realtà soffriva di *goiter*, una malattia simile all'ipertiroidismo. L'integrità del proprio stato di salute fu poi ulteriormente confermata mediante la stipulazione del contratto di assicurazione, che conteneva espressamente una *delivery-in-good-health clause* (307). L'attore contestava tale allegazione difensiva della convenuta, osservando a tal proposito che la malattia dell'assicurata era fisicamente evidente ad ogni persona che aveva occasione di interloquire con la donna, compreso l'agente della compagnia assicurativa che aveva condotto la fase di negoziazione, raccogliendone poi la sottoscrizione. Tale circostanza, secondo l'attore, poteva considerarsi sufficiente per fondare una sorta di presunzione di tacita rinuncia – si è parlato a tal proposito di «*waive*», o «*estoppel*» – della compagnia assicurativa a quella *warranty clause*.

Questa impostazione teorica dapprima fu accolta dal giudice di prime cure, il quale, oltre a confermare la tesi attorea, dichiarando decaduta la compagnia assicuratrice dal poter opporre quella difesa, rimarcò con forza il fatto che è sempre onere dell'assicuratore indagare sull'effettivo stato di salute dell'assicurato prima della

(307) La clausola di *delivery-in-good-health* contenuta nel contratto di assicurazione dedotto in giudizio stabiliva in questo senso: «*Should the proposed insured not be alive or not be in sound health on the date hereof*» – alla data, si intende, della stipula del contratto – «*or if the death of the insured results from any form of Tuberculosis, Chronic Bronchitis, Cancer, Paralysis, Apoplexy, Cerebral Hemorrhage, or any disease of the Heart, Liver or Kidneys within one year from the date of this policy, the policy shall become void and the Company will be liable only for the refund of the premiums paid hereon*». Nel caso di specie l'assicurata era morta prima che fosse passato un anno dalla stipula del contratto.

stipulazione di una *life insurance policy* (308). Nel successivo grado di giudizio, invece, fu radicalmente superata. La Corte di Appello considerò invero un grave errore quello di istruire i giurati nel senso che la potenziale conoscenza del reale stato di salute dell'assicurata da parte della compagnia assicurativa poteva spingersi sino a fondare una presunzione di tacita rinuncia alla clausola di *delivery-in-good-health*. Più in particolare, si osservò che a fronte di tale difesa, sicuramente spendibile, il giudice avrebbe dovuto poi istruire i giurati nel senso che l'allocatione del relativo onere probatorio era proprio in capo all'attore. Ciò in quanto all'interno delle *warranties clauses* sono previsti determinati fatti o circostanze che, se fossero esistiti e fossero stati palesi al momento della stipulazione del contratto, avrebbero alterato radicalmente il contenuto dello stesso, a causa della diversa valutazione del rischio che ne sarebbe conseguita. Nel caso di specie si stabilì che doveva ritenersi prevalente quanto affermato dall'assicurata mediante la stipulazione del contratto, ossia di godere di buona salute, negando ogni rilevanza al fatto che fosse affetta da una malattia più o meno evidente all'agente della compagnia assicurativa (309).

Nello stesso senso è possibile poi vedere *Fuller v. New York Fire Ins. Co.*, dove a fronte di una *fire insurance policy* è stato imposto all'assicurato l'onere di dimostrare l'assenza di un proprio *breach of warranty* contestatogli dall'assicuratore, relativamente alla violazione della clausola per la quale con la stipula del contratto egli si impegnava a garantire che il sistema antincendio dell'immobile assicurato era perfettamente funzionante, oltre agli autorevoli precedenti di *McLoon v. Com. Mut. Ins. Co.* e *Campbell v. New England Mut. Ins. Co.* (310).

(308) Rispetto a questo punto, nelle pagine della decisione si legge fra l'altro che «*the agent of the company had knowledge of such affliction or by the exercise of ordinary diligence could have obtained such knowledge ... the delivery of the policy and acceptance of the premiums might constitute a waiver of the provisions of the policy with respect to such defenses*».

(309) L'effetto dell'istruzione errata, invero, «*is not to prevent a forfeiture but to make a new contract and to radically change the terms of the policy so as to cover death from heart disease within one year when by its terms then expressly excluded from the contract ... We do not understand that the doctrine of estoppel or waiver goes so far*».

(310) Può avere qualche interesse sottolineare che in *Fuller v. New York Fire Ins. Co.*, 184 Mass. 12 (1903), fu invece ritenuta nulla l'altra *warranty clause* presente nel contratto di

Rispetto alla questione della ripartizione dell'onere della prova delle *warranty clauses*, dunque, possiamo concludere in questo modo. Indipendentemente dalla parte che allega tale fatto in giudizio, l'onere di dimostrare l'inesistenza di un *breach of warranty* spetta sempre all'assicurato, sia per quanto concerne il *burden of production*, sia per quanto concerne il *burden of persuasion*. Si tratta di una soluzione sicuramente corretta, in quanto in linea con la teoria generale dei contratti assicurativi. È invero noto, come abbiamo peraltro avuto modo di ricordare all'inizio di questo paragrafo, che le caratteristiche principali del contratto di assicurazione sono l'aleatorietà e l'unilateralità. Si tratta sostanzialmente di una scommessa che fa l'assicuratore, e per definire i termini principali di tale contratto, ossia l'importo dei premi che dovranno essere pagati dagli assicurati e ciò che dovrà essere liquidato dall'assicuratore nel caso in cui si verifichi l'*insured event*, diventa evidentemente essenziale avere a disposizione tutti gli elementi necessari per valutare le probabilità che l'evento assicurato si verifichi o non si verifichi. Pertanto, è corretto dire che le *warranty clauses* servono a garantire all'assicuratore la completezza dei dati in suo possesso. Queste caratteristiche del contratto di assicurazione si riflettono, com'era inevitabile, sulla ripartizione dell'onere della prova: posto che tali clausole fanno riferimento ad elementi idonei ad alterare in modo sostanziale gli equilibri contrattuali tra le parti, sì che, in sostanza, se l'assicuratore avesse avuto conoscenza di quegli elementi il contratto di assicurazione sarebbe stato stipulato in modo diverso o non sarebbe stato stipulato affatto, è corretto che del relativo onere probatorio venga onerato l'assicurato. In definitiva, ci sembrano essere queste le linee fondamentali della ripartizione dell'onere

assicurazione, vale a dire quella per cui l'assicurato doveva dichiarare al momento della sottoscrizione che avrebbe usato l'ordinaria diligenza per mantenere aggiornato il sistema antincendio per tutta la durata della polizza. I riferimenti completi delle altre due decisioni, delle quali purtroppo siamo riusciti ad entrare in possesso solamente di alcuni frammenti, sono invece *McLoon v. Com. Mut. Ins. Co.*, 100 Mass. 472 («*an express warranty in a policy of insurance is a condition precedent, the burden of proving performance of which rests upon the assured*»), e *Campbell v. New England Mut. Ins. Co.*, 98 Mass. 381 («*From the very nature of the case, the party seeking his indemnity or payment under the contract must bring his case within the provisions of the instrument he is undertaking to enforce. The burden of proof is upon the plaintiff to present a case in all respects conformable to the terms under which the risk is assumed*»).

della prova del *breach of warranty* che stanno alla base della maggior parte delle decisioni giurisprudenziali americani sul punto.

Per quanto ci riguarda, ci limitiamo a segnalare che si tratta di uno schema di allocazione degli oneri probatori peraltro conforme alle ragioni che stanno alla base del criterio del *access to evidence*, essendo l'assicurato nella migliore posizione per dimostrare la non imputabilità di un *breach of warranty*, oltre che, il più delle volte, conforme alla dottrina delle negative. Di regola, invece, viene disconosciuto il criterio tradizionale che vuole vedere legata l'allocazione dell'onere della prova al *burden of pleading*. Nella maggior parte dei casi, invero, come in tutti quelli che abbiamo esaminato, è l'assicuratore convenuto che eccepisce il *breach of warranty* dell'assicurato, allegando tale fatto in giudizio. Ma ciò non esclude, naturalmente, che un assicurato possa azionare la polizza assicurativa e far valere il suo *right of recover* allegando e dimostrando *sua sponte* l'esistenza del contratto assicurativo, la corrispondenza tra l'evento in concreto verificatosi e quello coperto della polizza e, infine, la non imputabilità di un *breach of warranty* da parte sua.

TERZA SEZIONE
LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

7. *La ripartizione dell'onere della prova nei casi di negligence: regola generale e sue deviazioni. La presunzione di colpa del carrier rispetto al danno subito dal passenger.* – Con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova nelle azioni e nei giudizi di risarcimento del danno derivante da un illecito extracontrattuale, nella prima parte della nostra indagine abbiamo avuto modo più volte di osservare che la regola generale è quella per cui l'esistenza della *negligence* del danneggiante è un elemento costitutivo della *cause of action* del danneggiato, il quale, pertanto, avrà l'onere di allegare tale fatto in giudizio e dimostrarne l'esistenza. In sostanza, dunque, quando il danneggiato agisce in giudizio contro il danneggiante domandando che venga condannato al risarcimento del danno subito, è corretto dire che egli dovrà provare fra le altre cose anche la colpa di quest'ultimo, e tale onere probatorio ricomprenderà tanto il *burden of production*, quanto il *burden of persuasion*.

Fatte salve alcune eccezioni, o, meglio, deviazioni, sulle quali avremo modo di tornare a breve, si tratta di una regola pacifica, che da almeno centocinquanta anni raccoglie il consenso unanime della dottrina e della giurisprudenza angloamericana. Dal punto di vista della giurisprudenza, che è quello che più ci interessa in questa sede, riteniamo di poter fare riferimento in prima battuta a una decisione della Corte Suprema del Missouri del 1866, *Smith v. The Hannibal and St. Joseph Railroad Company*, ove ben risaltano le principali giustificazioni che stanno alla base dello schema più tradizionale di allocazione dell'onere della prova rispetto al fatto giuridico della colpa del danneggiante (311).

Si trattava di un'azione di risarcimento del danno intentata da un fattore contro una delle prime società ferroviarie del Missouri. L'attore affermava che nella primavera

(311) *Smith v. The Hannibal and St. Joseph Railroad Company*, 37 Mo. 287 (1866). Per quanto riguarda la dottrina, su questo argomento sarà qui sufficiente rinviare ai contributi di BLACK, *Proof and Pleadings in Accident Cases*, cit., 2-72, e di RICHARDSON, *The Law of Evidence*, cit., 81-82.

del 1864 il suo frutteto e le recinzioni che lo circondavano venivano distrutti dalle fiamme, causandogli un ingente danno. Più in particolare, egli sosteneva che l'incendio si sarebbe sviluppato poco dopo il passaggio di un treno merci di proprietà della convenuta sulla ferrovia di recente costruzione che costeggiava la sua fattoria. In un certo senso, dunque, la tesi dell'attore era chiara: il principio di incendio, con ogni probabilità, era stato causato dalle scintille prodotte dall'attrito delle ruote sui binari, ovvero dal cattivo stato di manutenzione dei motori, scintille che sarebbero poi schizzate sul terreno erboso situato tra i binari e la fattoria, e di lì l'incendio, alimentato dal vento, si sarebbe poi spinto verso il frutteto (312). La società convenuta contestò integralmente le allegazioni attoree, concentrando i propri sforzi istruttori su due punti principali. In primo luogo, si osservava come il treno merci in questione fosse in realtà un treno di ultima generazione, costruito seguendo i migliori modelli ingegneristici e meccanici del tempo, e come fosse peraltro operato da personale assolutamente esperto. In secondo luogo, si dimostrava mediante prova testimoniale che, contestualmente al passaggio del treno, in prossimità della ferrovia due garzoni di un'altra fattoria stavano bruciando alcune pile di granoturco, sì che, in ultima battuta, non avrebbe potuto ritenersi poi così probabile che la causa dell'incendio fosse da rintracciarsi proprio nelle scintille prodotte dal passaggio del treno. Il fatto giuridico della *negligence* del convenuto veniva dunque contestato, e si poneva pertanto il problema di stabilire su chi dovesse ricadere l'onere di dimostrarne l'esistenza o l'inesistenza.

Nel riformare la decisione di appello impugnata dalla società ferroviaria proprio su questo punto, la Corte stabilì che quando, come nel caso di specie, la materia della allocazione degli oneri probatori non sia influenzata dall'operare di determinate presunzioni di colpa del convenuto, l'onere di dimostrare l'esistenza di tale fatto giuridico spetta sempre all'attore, in quanto la *negligence* del *defendant* costituisce la base su cui si fonda

(312) Più tecnicamente, l'attore denunciava che il treno di proprietà della convenuta, era privo di un sistema di sicurezza idoneo a prevenire che le scintille provocate dal funzionamento del motore e dall'attrito delle ruote sulle rotaie fossero disperse nell'ambiente circostante: si parla in questi casi di un sistema di «*spark catchers*».

tutta la sua *cause of action* risarcitoria (313). Si tratta di una soluzione che almeno a prima vista sembrerebbe essere fondata su due dei più importanti *tests* giurisprudenziali esaminati nel secondo capitolo. Si è detto, invero, che una ripartizione dell'onere della prova di questo tipo sarebbe anzitutto più conforme al criterio tradizionale, che cerca instancabilmente un parallelo tra il *burden of pleading* e il *burden of proof*, oltre che, per derivazione, al criterio della *essentiality*. In altri termini, riconoscendo al fatto giuridico della colpa del danneggiante la natura di *essential element* della domanda del danneggiato, l'onere della prova non potrà che incombere proprio a quest'ultimo (314).

Come dovrebbe essere ormai chiaro, peraltro, non ci sentiamo di poter condividere le argomentazioni portate della Corte poiché ci sembrano essere quantomeno incomplete. In effetti, come abbiamo visto, entrambi quei criteri, essendo ricollegati direttamente al contenuto del *burden of pleading*, risolvono la questione della allocazione degli oneri probatori in modo inevitabilmente superficiale, poiché non fanno altro che spostare il problema su di un altro piano, di certo non meno insidioso, obbligando l'interprete a rispondere ad un quesito differente ma di contenuto analogo. Così facendo, invero, il problema non sarà più quello di stabilire su chi debba ricadere l'onere della prova della *negligence* del danneggiante, bensì quello logicamente preliminare di decidere se debba considerarsi *essential* per la *cause of action* dell'attore l'accezione positiva di tale fatto, ossia la sua esistenza, e non piuttosto il contrario, vale a dire considerare *essential* per l'*affirmative defense* del convenuto la sua declinazione negativa, ossia la sua inesistenza. Da questo punto di vista, dunque, riteniamo di dover tenere fermo quanto abbiamo già avuto modo di dire

(313) Sfogliando le pagine della decisione citata si legge invero che «*The parties stand in the position of strangers, with only those rights and mutual obligations which belong to all neighbors and persons alike, in the use and enjoyment of their own property, and in the conduct of their own lawful business, and negligence is the ground of action ... the burden of proof is always upon the plaintiffs.*»

(314) Secondo la Corte, cioè, «*The allegation is not merely of a fire and a damage by sparks from the engine, but that the whole thing was caused by the negligence of the defendant ... The negligence is thus made to be the substance of the issue. It is the whole ground and very gist of the action, and it must be proved as laid. Is a familiar rule that the proofs must correspond to the allegations*» (enfasi nostra). Nello stesso senso è possibile fare riferimento ad un altro caso, di qualche anno precedente, ove alla luce di motivazioni analoghe l'onere della prova fu posto in capo all'attore: *Baulieu v. Portland Company*, 48 Me. 291 (1860).

nel secondo capitolo, ossia che, seguendo questa strada, i due quesiti finiranno per dipendere l'uno dalla soluzione dell'altro, entrando così in un cortocircuito logico senza alcuna via d'uscita. Del resto, come si ricorderà, anche i giudici della Corte Suprema del Massachusetts, nel caso *Knowles v. Gilchrist Company*, ebbero modo di dire che «fino a che l'onere della prova non sia ripartito in un certo modo tra le parti, il fatto giuridico della colpa» – del *bailee* – «non è meno essenziale alle pretese dell'una o dell'altra parte».

Nel caso di specie, dunque, come del resto abbiamo visto accadere in molti altri casi simili, l'applicazione di quei due criteri sembrerebbe essere solamente una soluzione di facciata, diretta a coprire la reale ragione che ha spinto i giudici della Corte Suprema ad imporre l'onere della prova della *negligence* del convenuto in capo all'attore. Meglio ancora, potremmo dire che la ripartizione dell'onere della prova effettuata attraverso l'applicazione di quei due criteri è stata funzionale al raggiungimento di un determinato fine di *social policy*, che peraltro non fatica affatto ad emergere dal testo della decisione. Brevemente, secondo i giudici è stato più corretto imporre l'onere della prova in capo al danneggiato poiché sarebbe stata altamente sconveniente la scelta opposta, vale a dire imporre alla società ferroviaria convenuta l'onere di dimostrare la propria assenza di colpa a fronte di una semplice ipotesi, non più probabile di molte altre, che l'incendio che ha distrutto la proprietà dell'attore sia stato in qualche modo causato dal transito del treno. Un precedente in tal senso, invero, sarebbe stato un precedente pericoloso, poiché in prima battuta avrebbe reso molto più rischioso il lavoro delle compagnie ferroviarie, rendendole sostanzialmente responsabili per tutti i danni arrecati agli immobili situati vicino alle linee ferroviarie da incendi di indefinita provenienza. Tale effetto, peraltro, avrebbe poi potuto produrre un'ulteriore conseguenza, di più ampio respiro, vale a dire il rallentamento dello sviluppo economico e logistico del territorio nel suo complesso. Volendo usare la terminologia della Corte, allocare diversamente l'onere della prova in questo caso e in fattispecie simili, significherebbe di fatto trasformare le società ferroviarie

in compagnie assicurative, ritenendole peraltro responsabili anche di danni derivanti dalla più piccola negligenza, che in altri settori è invece spesso perdonata (315).

L'impostazione tradizionale è stata naturalmente confermata anche in casi più recenti. Volendo fare un esempio tra i tantissimi precedenti giurisprudenziali, è possibile fare riferimento ad una decisione della Corte di Appello della California del 1925, *McConnell v. Quinn*, dove si stabilì che «ovviamente», nelle azioni relative al danno causato dalla circolazione di veicoli, all'attore spetta dimostrare sostanzialmente due cose, ossia che la collisione e le relative conseguenze possono ritenersi come causati principalmente dalla *negligence* del *defendant*, e che da tale collisione egli ha subito un danno (316). Parimenti, in *Snow v. Riggs* la Corte Suprema dell'Arkansas ha stabilito che è onere del pedone dimostrare la colpa del conducente che lo ha investito in automobile, e conclusioni analoghe sono state poi riprese anche dalla Corte Suprema del Maine nel 1931, in *Tomlinson v. Clement Bros*, e in tutte le decisioni che le hanno seguite (317).

In determinate fattispecie invece, in considerazione della relazione sussistente tra danneggiato e danneggiante, ovvero in ragione della natura dell'evento pregiudizievole, la naturale allocazione dell'onere della prova della colpa del danneggiante subisce delle variazioni a causa dell'applicazione di un'autentica presunzione di *negligence* di quest'ultimo.

Una delle più diffuse presunzioni di *negligence* del danneggiante è quella della colpa del trasportatore («*carrier*») rispetto ai danni subiti dal soggetto trasportato («*passenger*»). Si tratta di un filone giurisprudenziale molto rigoglioso, in merito al quale riteniamo opportuno ricordare qui anzitutto *Carroll v. Boston Elevated Railway Company* (318). In quel

(315) Con riferimento a questo punto si consideri tale passaggio della decisione: «*It has been asserted that if a liability were to be inferred from the mere fact of a fire damage, it would make railroad companies insurers against all fires occurring along the road, from whatever cause ... and that would make them liable even for the slightest omission or neglect, or for mere accident or misadventure arising from the act of God, the operation of natural causes, or other circumstances beyond their control, or for the legitimate exercise of their own lawful rights and powers*».

(316) *McConnell v. Quinn*, 236 P. 200, 71 Cal. App. 671 (Cal. Ct. App. 1925).

(317) *Snow v. Riggs*, 172 Ark. 835, 290 S.W. 591 (1927); *Tomlinson v. Clement Bros*, 130 Me. 189 (1931); *Kimball v. Cummings*, 144 Me. 331 (1949); *Williams v. Kinney*, 220 A.2d 234 (1966); *Warren v. Waterville Urban Renewal Authority*, 235 A.2d 295 (1967).

(318) *Carroll v. Boston Elevated Railway Company*, 200 Mass. 527 (1909).

caso l'attrice affermava di essere rimasta ferita in seguito al deragliamento della carrozza del treno di proprietà della società convenuta sulla quale stava viaggiando, e citava dunque in giudizio quest'ultimo al fine di ottenere il risarcimento del danno subito. Costituitasi in giudizio, la convenuta si limitava a negare quanto affermato da parte attrice, osservando poi che la sua domanda avrebbe dovuto essere rigettata direttamente dal giudice per il mancato assolvimento del *burden of production* relativo all'esistenza della propria colpa nel cagionamento del danno. Il giudice, disattendendo l'eccezione della convenuta e accogliendo la domanda dell'attrice, osservò che nel caso di specie avrebbe dovuto ritenersi operante una presunzione di colpa della società ferroviaria convenuta, ed ebbe poi modo di specificare due caratteristiche interessanti di tale regola presuntiva.

Si osservava anzitutto che tale presunzione troverebbe il suo fondamento principalmente nel criterio della vicinanza alla prova. Da questo punto di vista, la decisione rinvia sostanzialmente a quanto affermato dalla Corte di Appello di New York nel 1874, in *Roberts v. Johnson*, dove si è detto espressamente che in questo genere di casi l'onere di dimostrare la propria assenza di colpa deve essere posto in capo al *carrier* danneggiante poiché si tratta spesso di dimostrare fatti che attengono esclusivamente alla sfera di controllo di quest'ultimo, rispetto ai quali anzi i danneggiati sono spesso totalmente ignari di come si siano effettivamente verificati (319). Conclusioni simili sono peraltro state fatte proprie anche dalla Corte Suprema del Minnesota, nel caso *Smith v. St. Paul City Railway Company* (320).

In secondo luogo, si sosteneva che la presunzione di colpa della *carrier* convenuta sarebbe solamente una *evidential presumption*, la cui operatività sarebbe peraltro

(319) *Roberts v. Johnson*, 58 N.Y. 613 (N.Y. 1874): «*If anything occurs causing such a start, which is beyond the control of the driver or proprietor, they can readily show it. Such a fact is peculiar within their knowledge, while, in most cases, the person injured would be entirely ignorant of it*». La decisione faceva riferimento dal danno subito dal passeggero di un cocchio che, una volta giunto a destinazione, mentre stava scendendo fu preso alla sprovvista da un improvviso e innaturale movimento dei cavalli, i quali spostarono bruscamente il cocchio.

(320) *Smith v. St. Paul City Railway Company*, 32 Minn. 1 (1884): «*the company has in its possession and under its control, almost exclusively, the means of knowing what occasioned the injury and of explaining how it occurred, while, as a general rule, the passenger is destitute of all knowledge that would enable him to present the facts and fasten negligence on the company in case it really existed*».

condizionata alla preventiva dimostrazione, da parte del danneggiato, che la relazione giuridica sussistente con il danneggiante sia effettivamente quella di un rapporto *carrier-passenger*, e che il danno si sia verificato in occasione del trasporto. Il *burden of persuasion* della colpa del danneggiante, invece, ricadrebbe sempre e comunque sul danneggiato, in base alle regole generali operanti in tale materia (321).

Si tratta di conclusioni condivise dalla maggior parte delle giurisdizioni, salvo forse solamente dalla giurisprudenza dello Stato di New York, dove pur dicendosi che esiste una presunzione di colpa del *carrier*, e che si tratta di una presunzione solamente *evidential*, si finisce poi per aggiungere un'ulteriore condizione all'applicabilità della stessa. In diverse decisioni di questo Stato, invero, l'operare di tale presunzione è stata condizionata non solo alla dimostrazione dei due elementi appena visti, bensì anche ad un vaglio preliminare delle circostanze di fatto che impregniscono la ricostruzione dell'*eventus damni*. Come si dice, questa presunzione può operare solamente se dalla ricostruzione dell'evento dannoso emerge in modo sufficiente chiaro un profilo di *negligence* del *carrier*, come ad esempio quando appare evidente un difetto nella parte meccanica del mezzo di trasporto o nella costruzione dei binari.

È possibile vedere in tal senso *Curtis v. Rochester and Syracuse Railroad Company*, dove, applicando la massima – già incontrata – per cui «*carriers are not insurers*», si è sostenuto che una vasta gamma di incidenti che capitano durante il trasporto di persone non sarebbero direttamente imputabili ad una negligenza dei *carriers*, bensì ad eventi naturali o ad atti di terzi, e, proprio per tale motivo, in questi casi non sarebbe corretto invertire l'allocazione dell'onere della prova rispetto alla loro *negligence*. Si tratterebbe ad esempio delle ipotesi in cui un altro veicolo vada a schiantarsi contro quello guidato dal *carrier*. Non si nega,

(321) *Carroll v. Boston Elevated Railway Company*: «*the presumption standing alone is stated to be sufficient to support an inference of negligence, unless the defendant by going forward with the evidence offers what jury may find to be an adequate or satisfactory explanation ... A prima facie case, when made out, does not however, wither necessarily or usually, change the burden of proof. It stands only until the contrary is shown ... the burden of proof had not been shifted but still remained upon the plaintiff to establish the defendant's negligence*». In questo senso, dunque, l'unica funzione della presunzione di colpa del *carrier* sarebbe verosimilmente quella di incentivarlo a eliminare preliminarmente ogni potenziale dubbio sulla sua responsabilità nell'evento pregiudizievole: «*to show or explain that it had not been guilty of negligence*».

naturalmente, che il *carrier* debba comunque osservare tutte le norme dell'ordinaria diligenza per evitare che il *passenger* subisca un danno durante il trasporto: si sottolinea solamente che sarebbe irrazionale presumere la colpa del *carrier* dal solo fatto del danno, divenendo invece essenziale andare ad indagare sulle effettive circostanze fattuali che hanno portato al verificarsi dell'evento pregiudizievole (322). In questo senso si veda anche *Hlbrook v. The Utica and Schenectady Railroad Company*, dove si è per l'appunto affermato che «il semplice evento dannoso non è una prova sufficiente della colpa del *carrier*, finché non si dimostri qualcos'altro»: ossia, le circostanze di fatto (323).

Per quanto ci riguarda, siamo convinti che la ripartizione dell'onere della prova della *negligence* del *carrier*, così come modificata dalla *evidential presumption* che stiamo esaminando, potrà o meno essere ritenuta corretta, o giusta, ma indubbiamente finisce per contrastare non solo con il criterio tradizionale della corrispondenza tra *burden of pleading* e *burden of proof*, bensì anche con quello della *probability*. In tutti questi casi, cioè, alla parte che viene onerata della prova dell'inesistenza di quanto dedotto in giudizio, vale a dire il *carrier*, non solo viene imposto di provare l'inesistenza di ciò che è stato allegato dalla controparte, ma anche di provare i fatti che, in realtà, sono in linea con quello che è l'*id quod plerumque accidit* in contesti analoghi.

Questo secondo passaggio necessita probabilmente di un ulteriore chiarimento. In uno scenario ipotetico in cui la presunzione di *negligence* del *carrier* non fosse applicabile, è evidente che il passeggero, al fine di ottenere il risarcimento del danno subito, dovrebbe provarne la colpa. Più in particolare, si tratterebbe di dimostrare che da un certo evento egli ha subito un nocumento, e che tale evento è stato il prodotto della condotta colpevole

(322) *Curtis v. Rochester and Syracuse Railroad Company*, 18 N.Y. 534 (N.Y. 1859): «Whenever it appears that the accident occurred through some deficit in the vehicle, or other apparatus used by the carrier, a strong presumption of negligence arises, founded upon the improbability of the existence of any defect which extreme vigilance, aided by science and skill, could not have detected ... Still, accidents may occur from a multitude of causes, even upon a railroad, for which the company is not responsible ... How then can it be assumed, without proof of any sort, when an accident has occurred, that it was caused by some carelessness on the part of the agents of the company, and not by any or either of these numerous causes? ... There may be a presumption of negligence in every case, but, where nothing is known in regard to the cause of the accident, the negligence may as well be that of someone residing in the vicinity of the road, or of some strangers» (enfasi nostra).

(323) *Hlbrook v. The Utica and Schenectady Railroad Company*, 12 N.Y. 236 (1859).

del *carrier*, il quale non ha usato l'ordinaria diligenza; invero, se egli avesse osservato le norme di comportamento che ci si può normalmente aspettare da un *carrier* nell'esercizio delle sue mansioni, l'evento dannoso avrebbe prodotto conseguenze di minore entità, o non si sarebbe verificato affatto. Il *carrier*, a sua volta, probabilmente si difenderebbe osservando di aver usato l'ordinaria diligenza, e che ciò nonostante l'evento dannoso si è verificato ugualmente poiché è stato il frutto di cause assolutamente eccezionali, del tutto imprevedibili e, proprio per questo, inevitabili anche utilizzando l'*ordinary care*. Così stando le cose, e posto che in questo genere di fattispecie l'*id quod plerumque accidit* corrisponde evidentemente all'idea per cui i *carriers* svolgono la loro professione utilizzando l'ordinaria diligenza, è chiaro che il passeggero deduce in giudizio l'evento eccezionale, ossia che il *carrier* che lo stava trasportando non stava usando l'ordinaria diligenza, mentre il trasportatore deduce in giudizio l'evento che rispecchia quella che può essere considerata come la normalità delle cose in questo genere di ipotesi. Orbene, è chiaro che una rilevante conseguenza dell'inversione della ripartizione dell'onere della prova rispetto alla colpa del *carrier*, attuata mediante la presunzione in esame, è che esso verrà fatto ricadere sulla parte che allega in giudizio l'evento considerato più normale, mentre si sgraverà da tale onere colui che afferma che si è verificato un evento assolutamente straordinario ed eccezionale. Su questo punto è possibile vedere quanto si è affermato in *The Eagle Packet Company v. Defries* e in *Yerkes v. Keokuk Northern Line Packet Company*, dove appunto è stato imposto alle società convenute, entrambe operanti nel settore del trasporto di merci e di passeggeri via fiume, l'onere di dimostrare che il danno subito dalle attrici fosse stato causato da eventi del tutto eccezionali, effettivamente inevitabili anche utilizzando l'*ordinary care* che ci si potrebbe aspettare dall'equipaggio di una *ferry boat* (324). E lo stesso si è detto anche in *Tuttle v. Chicago Railway Company* (325).

(324) Nello specifico, nella prima decisione citata, *The Eagle Packet Company v. Defries*, 94 Ill. 598 (1880), il danno fu causato dalla caduta di una lamiera di metallo («*stage-plank*»), mentre in *Yerkes v. Keokuk Northern Line Packet Company*, 7 Mo.App. 265 (Mo.App. 1879), l'attrice allegava in giudizio di essere stata ferita dalle schegge di metallo scaturite dall'esplosione di una parte meccanica della nave.

(325) *Tuttle v. Chicago Railway Company*, 48 Iowa 236 (Iowa 1878): «*where a dangerous accident occurs, which, under ordinary circumstances, would not have happened had the defendant and its employees exercised*

Per tutti questi motivi, dunque, condividiamo l'impostazione di quelle poche decisioni in cui si è stabilito chiaramente che qualora già dalla ricostruzione dell'evento dannoso appaia evidente che il *carrier* abbia utilizzato l'ordinaria diligenza, la presunzione di colpa non avrà alcuna ragione di operare, e, in base alle regole generali, spetterà al danneggiato dimostrare che nel caso di specie vi è stato un'eccezionale allontanamento da quello che è considerato essere *l'id quod plerumque accidit*. In questo senso è possibile fare riferimento a *Davis v. Oregon R. R. Co.*, dove l'attore, passeggero di un traghetto, alla vista dell'abbassamento del ponte e immaginando che le operazioni di attracco fossero ormai completate, si è avvicinato fino al bordo, cadendo poi in mare. Nonostante il fatto che le due condizioni di operatività della presunzione di *negligence* furono pienamente dimostrate, l'onere della prova fu tuttavia imposto in capo al passeggero poiché già dalle circostanze fattuali emergeva chiaramente che la società convenuta aveva tenuto un comportamento perfettamente in linea con quello che è *l'id quod plerumque accidit*, avendo avvisato più volte i passeggeri che le operazioni di sbarco avrebbero tardato, e che, nonostante il ponte fosse in parte abbassato, l'attracco non era ancora stato completato (326).

Infine, è evidente che il criterio della ripartizione dell'onere della prova della teoria delle negative in questi casi rimane sullo sfondo, poiché il più delle volte la prova dell'inesistenza della colpa nel cagionamento del danno, che è indubbiamente un fatto negativo, viene fornita mediante la prova di fatti positivi diversi, idonei comunque ad escludere di la colpa del *carrier*.

due care, prudence and watchfulness, proof of such accident, with its attendant circumstances, raises a presumption of negligence, and the burden of proof is then cast upon the defendant to rebut this presumption».

(326) *Davis v. Oregon R. R. Co.*, 8 Oreg. 172 (1879).

8. *La presunzione di colpa del danneggiante in altre fattispecie.* – Un'altra regola presuntiva idonea ad invertire la ripartizione dell'onere della prova rispetto alla colpa del danneggiante viene applicata in merito alla responsabilità delle amministrazioni comunali per i danni subiti da veicoli e pedoni a causa di strade e marciapiedi danneggiati o sconnessi, vale a dire non mantenuti secondo l'ordinaria diligenza. In altri termini, l'onere, tipico dell'amministrazione pubblica, di mantenere strade e marciapiedi, viene utilizzato come base concettuale per costruire un'autentica presunzione di conoscenza, o *presumption of knowledge*, di eventuali difetti del manto stradale da parte dell'amministrazione stessa, che giustificerebbe pertanto l'inversione del *burden of production*. Anche in questa ipotesi, dunque, il criterio guida sembrerebbe essere in un certo senso quello del *access to evidence*.

Anzitutto, si è espressa in questi termini la Corte di Appello dello Stato di New York, con una decisione del 1872, *Worster v. Forty-Second Street R. R. Co.* La Corte, dopo aver rimarcato che coloro che lavorano su una strada pubblica dietro mandato dell'ente preposto alla manutenzione della stessa hanno il medesimo onere – peraltro «*affirmative and absolute*» – di rimuovere ogni ostacolo o difetto della carreggiata, ha poi affermato espressamente che deve essere presunta la loro conoscenza di tutti questi impedimenti, sì che, in sostanza, ogni omissione di rimozione degli stessi e conseguente rimessione della carreggiata in pristino può essere considerata come una *prima facie negligence* dei medesimi, idonea ad invertire quantomeno l'allocatione del *burden of production*. In casi di questo genere, nel giudizio risarcitorio radicato dall'utente della strada che lamenti di aver subito un danno a causa di un difetto o di un intralcio che non avrebbe dovuto esserci, la presunzione di *negligence* dell'ente incaricato della manutenzione della strada opererebbe in automatico, una volta che il danneggiato abbia individuato la causa del pregiudizio nel difetto o nell'intralcio che l'ente aveva l'onere di rimuovere, ripristinando la sicurezza della viabilità stradale (327).

(327) *Worster v. Forty-Second Street R. R. Co.*, 50 N.Y. 203 (N.Y. 1872). Per quanto riguarda la presunzione di *knowledge*, la Corte ha affermato che «*The defect was immediately connected with the*

Questo autorevole precedente è stato poi confermato in molte decisioni successive della stessa Corte, come ad esempio in *Schuster v. Forty-Second Street, Manhattanville and St. Nicholas Avenue Railway Company*, e in *Powers v. Village of Mechanicville*. In quest'ultimo caso si è confermato che per fondare la presunzione di colpa dell'ente responsabile della manutenzione stradale e la relativa inversione probatoria è sicuramente sufficiente anche il semplice fatto che l'attrice sia inciampata in una tubatura, che non avrebbe dovuto essere presente in quel punto del marciapiede (328).

In altre situazioni, invece, e specialmente quando si tratti di danni riconducibili a ciò che da noi viene identificato nella categoria concettuale della rovina di edificio di cui all'art. 2053, cod. civ., l'inversione della ripartizione dell'onere della prova rispetto alla colpa del proprietario dell'immobile viene fondata sulla massima *res ipsa loquitur*. Si tratta, in altre parole, di casi in cui l'evento dannoso «si spiega da sé» («*speaks for itself*»), nel senso che, alla luce di tutte le concrete circostanze di fatto, appare improbabile che l'evento, così come si è verificato, si sarebbe verificato se l'immobile da cui è derivato il danno fosse stato regolarmente costruito o, più spesso, mantenuto. In applicazione di quella massima, in caso inglese del 1871, *Kearny v. London, Brighton and South Coast Railway Co.*, una volta dimostrato che il mattone caduto addosso all'attore si era staccato da un ponte ferroviario costruito dalla società convenuta, e che, nell'ultimo periodo, dal medesimo ponte ferroviario erano caduti altri mattoni, tale circostanza fu considerata così «*unusual*» da

track, and was plainly visible to the employees of the defendants, who were constantly operating on the road. The duty of remedying the defect was affirmative and absolute ... It was their duty to know it». Rispetto al profilo che suscita per noi maggiore interesse, vale a dire quello dell'alterazione della normale ripartizione del carico probatorio come conseguenza dell'applicazione di tale presunzione, la Corte ha poi precisato che «*an omission to know that such a defect existed was prima facie negligence as much as an omission to repair notice ... The presumption of knowledge arises from the existence of the defects themselves. The plaintiff was only required to show that the injury resulted from the road being out of repair, and if circumstances existed of showing absence of negligence it was for the defendant to prove them. The presumption of negligence was complete when it appeared that defects existed and an injury was caused thereby*» (corsivo nostro).

(328) I riferimenti completi delle decisioni che citiamo nel testo sono i seguenti: *Schuster v. Forty-Second Street, Manhattanville and St. Nicholas Avenue Railway Company*, 192 N.Y. 403 (N.Y. 1908); *Powers v. Village of Mechanicville*, 163 App. Div. 138 (N.Y. App. Div. 1914). In senso conforme si veda poi *Casper v. The Dry Dock, East Broadway and Battery Railroad Company*, 23 App. Div. 451 (N.Y. App. Div. 1897).

costituire una *prima facie evidence* della colpa della convenuta, relativa specificamente all'omissione del suo dovere di mantenere il ponte in buona condizione, in modo che non costituisse una fonte di pericolo per chi vi passasse sotto (329). Tale impostazione è stata poi confermata anche in *Warren v. Kauffman*, dove si è sostenuto che la *negligence* del danneggiante ben potesse essere considerata in un certo senso implicita nella sola prova del fatto che l'acqua che aveva allagato i locali del danneggiato proveniva indubbiamente dagli impianti del danneggiante, e in *Judson v. Gian Powder Company*, dove si è affermato che qualora gli immobili situati vicino ad una fabbrica di nitroglicerina subiscano dei danni a causa dell'esplosione della stessa, l'esplosione possa legittimamente fondare una *prima facie evidence* della colpa degli operai e dei titolari della fabbrica stessa (330).

Spesso, la medesima dottrina della *res ipsa loquitur* viene utilizzata anche per fondare la presunzione di colpa del danneggiante in tutti quei casi in cui il danneggiato abbia subito un danno da un certo tipo di attività o di strumento che era nel pieno ed esclusivo controllo del danneggiante. In applicazione di questa regola, ad esempio, sovente viene invertita l'allocatione degli oneri probatori nei casi di *malpractice* medica, ritenendo sufficiente che l'attore, spesso incosciente durante gli interventi, allegi in giudizio di aver subito un danno a causa della *negligence* del medico, mentre spetterà poi a quest'ultimo dimostrare di aver operato secondo quelle che sono le prassi dell'ordinaria diligenza. In questo senso è possibile vedere *Meadows v. Patterson*, dove a fronte delle affermazioni attoree di aver perso l'uso di un occhio dopo un intervento all'appendice, peraltro perfettamente riuscito, il collegio della Corte di Appello del Tennessee ha chiarito che, per ragioni relative prevalentemente al principio del *access to evidence*, spetta anzitutto al medico dimostrare di essere esente da colpa, e sopportare rispetto al fatto giuridico della sua *negligence* quantomeno il *burden of production*. Peraltro, una volta fornita una *prima facie evidence* del contrario, vale a dire della sua assenza di colpa, il *burden of persuasion* continua

(329) *Kearny v. London, Brighton and South Coast Railway Co.*, L. R., 6 Q. B. 759 (1871).

(330) *Warren v. Kauffman*, 2 Phila. 259 (1857); *Judson v. Gian Powder Company*, 107 Cal. 549 (1895).

ad essere sull'attore, in quanto la colpa del danneggiato è pur sempre un elemento essenziale della sua *cause of action* (331).

Infine, in *Johnson v. Richardson*, uno dei famigerati «*Lincoln Cases*» – vale a dire uno dei circa centosettantacinque casi in cui Abraham Lincoln patrocinò davanti alla Corte Suprema dell'Illinois – si discusse della presunzione di colpa di un locandiere («*innkeeper*») per il furto, o, comunque, per lo smarrimento di alcuni beni di proprietà di un avventore (332). Nella specie, la Corte Suprema stabilì che il locandiere aveva l'onere di vigilare sui beni dell'avventore, e che, nel caso in cui tali beni vengano smarriti o danneggiati, dal solo verificarsi di uno di questi eventi operi automaticamente una presunzione di colpa del locandiere, idonea ad incidere solamente sulla ripartizione del *burden of production*. Egli, peraltro, potrà vincere tale presunzione sfavorevole dimostrando che il furto o il danneggiamento è avvenuto per causa a lui non imputabile, ovvero a causa di un comportamento contrario alle norme di ordinaria amministrazione tenuto dall'avventore o dai suoi eventuali compagni (333). Queste conclusioni sono poi state confermate tanto in numerose decisioni successive, tra cui è possibile ricordare qui *Burton v. Drake Hotel Co.*, *K.S.K. Jewelry Co., Inc. v. Chicago Sheraton Corporation*, *Simmons v. Columbus Venetian Stevens Buildings Incorporated*, e *Shiflette v. Lilly* (334).

(331) *Meadows v. Patterson*, 109 S.W.2d 417, 21 Tenn. App. 283 (1937).

(332) *Johnson v. Richardson*, 17 Ill. 302 (1855). Il caso è citato anche da HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, cit., 18.

(333) Invero, «*The general doctrine ... is that keepers of public inns are bound well and safety to keep the property of their guests ... and in case such property is lost or injured the innkeeper can only absolve himself from liability by showing that the loss or injury occurred without any fault whatever on his part; or, by the fault of the guest, his companions, or servants; or by superior force*».

(334) *Burton v. Drake Hotel Co.*, 237 Ill. App. 76 (Ill. App. Ct. 1925); *K.S.K. Jewelry Co., Inc. v. Chicago Sheraton Corporation*, 283 F.2d 8 (7th Cir. 1960); *Simmons v. Columbus Venetian Stevens Buildings Incorporated*, 20 Ill.App.2d 1 (Ill.App. Ct. 1959); *Shiflette v. Lilly*, 130 W.Va. 297 (1947). Dalla prima decisione citata apprendiamo peraltro che la *ratio* di tale regola presuntiva potrebbe effettivamente risalire ad un'esigenza di *social policy* propria di tempi verosimilmente remoti, resistita fino ai nostri giorni. Ci riferiamo all'esigenza di tutelare i viaggiatori, che «*though harsh, has come down from remote antiquity and would be seem to be quite necessary to the safety and security of the traveling public*». Su questo non abbiamo molto da aggiungere, non avendo approfondito direttamente la storia della presunzione di colpa degli *innkeepers*, e ci limitiamo a considerare come assolutamente plausibile l'ipotesi avanzata dalla Corte di Appello dell'Illinois.

9. *La ripartizione dell'onere della prova della contributory negligence.* – L'ultimo aspetto ci resta da esaminare con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova nella materia della responsabilità extracontrattuale è quello dell'eventuale concorso di colpa dell'attore nel cagionamento del danno subito, o, vale a dire, della sua *contributory negligence*.

Si tratta, a dire il vero, di una questione della quale abbiamo già avuto modo fare un cenno nel primo capitolo di questo nostro lavoro (335). Riprendendo brevemente quanto detto in quella sede, abbiamo visto che l'analisi delle concrete modalità con cui viene allocato l'onere della prova di questo fatto giuridico è particolarmente importante proprio perché la giurisprudenza americana risulta essere divisa sul punto. Invero, adottando due impostazioni diametralmente contrapposte, entrambe avallate da valide argomentazioni, lo stesso fatto viene a volte fatto ricadere nella sfera probatoria dell'attore, altre volte in quella del convenuto. Da questo punto di vista, la problematica della ripartizione dell'onere della prova sembrerebbe essere interamente governata dall'operare di due regole presuntive, quella di *carefulness*, chiamata anche come presunzione di *due care*, e quella di *negligence*. In questo modo, nelle giurisdizioni in cui si ritiene prevalente la prima presunzione rispetto alla seconda, il concorso di colpa dell'attore viene considerato come una *affirmative defense* del convenuto, e dovrà essere allegato e provato come esistente da quest'ultimo. Ove invece si ritiene prevalente la seconda presunzione, l'assenza di *contributory negligence* verrà considerata come un fatto costitutivo negativo, che dovrà pertanto essere allegato e provato come inesistente dall'attore.

Bisogna ora approfondire tutti questi punti, partendo proprio dall'esame delle ragioni che stanno alla base di ciascuna di queste regole presuntive. Dovremo esaminare poi i correttivi che vengono applicati ad entrambe le tesi, e, infine, riservare un cenno alla particolare situazione della giurisprudenza dello Stato di New York e del Tennessee, dove, come abbiamo visto, non si registra una effettiva prevalenza di una tesi rispetto all'altra, ed entrambe le presunzioni vengono in un certo senso applicate congiuntamente.

(335) Si vedano le pagine 55 e seguenti, e specialmente la nota 65.

Iniziando dunque ad esaminare i precedenti giurisprudenziali di quegli Stati che onerano il convenuto di dimostrare l'effettiva esistenza di una *contributory negligence* dell'attore, e che dunque ricollegano tale fatto giuridico alla categoria concettuale delle *affirmative defenses*, il primo aspetto da prendere in considerazione è che tale allocazione degli oneri probatori sembrerebbe affondare le proprie radici quasi esclusivamente nel terreno della dottrina delle negative. Il discorso, in altri termini, sembrerebbe risolversi tutto nella seguente riflessione: è più corretto porre l'onere della prova di tale fatto giuridico in capo al convenuto poiché, altrimenti, l'attore dovrebbe provare un fatto negativo, vale a dire l'inesistenza di un suo concorso di colpa nella catena causale che ha poi portato al verificarsi dell'evento dannoso.

Una delle più autorevoli decisioni che si sono espresse in tal senso continua ad essere una pronuncia della Corte Suprema della California del 1867, *Gay v. Winter*, tuttora citata dalla giurisprudenza più recente (336). Si trattava di una *wrongful death action*, ossia un giudizio di risarcimento del danno instaurato dal padre di un minore annegato nei pressi della San Francisco Bay Area dopo essere caduto in un cratere presente sul marciapiede che stava percorrendo. L'amministrazione comunale convenuta, pur non negando la presenza di detto cratere e, dunque, la sua responsabilità, affermava tuttavia che il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere ridotto proporzionalmente in considerazione del concorso di colpa del padre, che, incautamente, avrebbe lasciato percorrere quel tratto di strada al bambino da solo, dove pure era nota la presenza di tale voragine. Nel riformare la decisione di seconde cure, la Corte Suprema ebbe modo di sottolineare che, una volta che sia contestata l'esistenza di un concorso di colpa dell'attore, sarebbe assolutamente inadeguato imporre l'onere della prova a quest'ultimo, poiché, appunto, si tratterebbe di fornire la prova di un fatto negativo (337).

(336) *Gay v. Winter*, 34 Cal. 153 (1867). Fra le decisioni che l'hanno citata successivamente si veda ad esempio *Buckley v. Chadwick*, 45 Cal.2d 183 (1955).

(337) Così nelle pagine della decisione: «*such a rule is inadequate where plaintiff is wholly unable to make any proof as to his own conduct*». Rispetto alla presunzione di *due care* la Corte osservò poi che la sua esistenza, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere inferita «*from all the circumstances of the case ... his character and habits and the natural instinct of preservation*».

Tali conclusioni sono poi state mantenute ferme in diverse decisioni successive. Ciò vale anzitutto per la Corte Suprema degli Stati Uniti, che in più occasioni ha parimenti imposto al convenuto l'onere di provare il concorso di colpa dell'attore in considerazione della natura negativa del fatto da provare. In questo senso è possibile prendere in considerazione quanto detto in *Texas and Pacific Railway v. Volk*, e, successivamente, in *Seaboard Air Line Ry. v. Moore* (338).

È poi possibile richiamare qui una decisione della Corte di Appello della Louisiana del 1936, *Saks v. Eichel*. In *Saks v. Eichel* l'attore citava in giudizio il dipartimento dei vigili del fuoco della città di Monroe, affermando che il capo di detto dipartimento, mentre era alla guida di un autofurgone diretto verso il luogo dal quale proveniva la richiesta di soccorso, uscendo improvvisamente da un via secondaria urtava la propria automobile, causandogli dei danni. Costitutosi in giudizio, il convenuto domandava al giudice l'integrale rigetto delle pretese attoree, allegando che l'incidente si sarebbe in realtà verificato esclusivamente a causa della sua *contributory negligence*. Egli osservava infatti che, nel momento in cui avveniva lo scontro, sull'autofurgone era attiva la classica sirena utilizzata per segnalare agli utenti della strada l'imminente arrivo dell'autofurgone; che, considerata la potenza del segnale acustico di tali sirene e la posizione ravvicinata dell'attore, quest'ultimo non poteva non averla sentita; e che egli, noncurante dell'imminente arrivo di un mezzo di soccorso, decideva comunque di proseguire per la sua strada, senza rallentare o accostarsi, finendo in ultima istanza per essere travolto dal mezzo dei vigili del fuoco. Anche qui, come in quell'autorevole precedente, si è respinta la tesi, fatta propria dalla decisione di primo grado, per cui sarebbe il *plaintiff* a dovere allegare in giudizio e dimostrare l'assenza di una propria *contributory negligence*, in quanto, così facendo, egli verrebbe inammissibilmente onerato della prova di un fatto negativo. Al contrario, si è deciso che all'attore che agisca per ottenere il risarcimento del danno subito è sufficiente dimostrare che il danno è stato illegittimamente arrecato dal

(338) *Texas and Pacific Railway v. Volk*, 151 U. S. 73 (1894): «By the settled law of this court ... *contributory negligence on the part of the plaintiff need not be negatived or disproved by him, but the burden of proving it is upon the defendant*». *Seaboard Air Line Ry. v. Moore*, 228 U. S. 433 (1913).

convenuto, spettando poi a quest'ultimo dimostrare l'eventuale esistenza di un suo concorso di colpa che abbia inciso sulla catena causale che ha portato al verificarsi del sinistro (339).

Non sono molte le decisioni che, approfondendo ulteriormente il discorso, contribuiscono a fare luce sulle caratteristiche della presunzione di *due care*, e segnatamente se si tratti di una *evidential presumption* oppure di una *persuasive presumption*. Secondo la tesi adottata in *Bagnell v. Boston Elevated Railway*, si tratterebbe solamente di una presunzione idonea ad incidere sulla ripartizione del *burden of production*, mentre il *burden of persuasion* continuerebbe a ricadere in capo all'attore (340). Similmente, in *Ward v. Power Light Co.*, a fronte della domanda risarcitoria proposta dal proprietario di un'autovettura contro la società incaricata di gestire il trasporto pubblico di Portland, la Corte Suprema del Maine ritenne vinta la presunzione di *due care* dopo che il *defendant* riuscì a dimostrare come l'attore, mentre era alla guida della sua automobile, avesse impegnato l'incrocio in modo assolutamente incauto ed imprevedibile, sì che nulla restava da fare al macchinista del tram per evitare lo scontro (341).

(339) Invero, se, per l'attore, l'allegazione dell'assenza di una propria *contributory negligence* fosse veramente indispensabile, «*then, under the elemental rule that who alleges must prove, plaintiff would have to establish a negative state of facts before he could recover*». Proprio per tale motivo «*it is only necessary to make out a prima facie case, in a tort action, to allege and prove that the injury for which damages are sued for was due to, or caused by, the fault of negligence of the defendant ... plaintiff is not required in such case to allege or prove he was free from negligence as a contributory cause of the accident and consequent injury*». I riferimenti completi della decisione che citiamo nel testo sono *Saks v. Eichel*, 167 So. 464 (La. Ct. App. 1936). In senso conforme, per quanto riguarda la California, *Jacobs v. Tenneco West Inc.*, 186 Cal. App. 3d 1414 (1986).

(340) *Bagnell v. Boston Elevated Railway*, 247 Mass. 235 (1924). Nella specie, si è censurato il passaggio della decisione impugnata nel quale il giudice ha istruito i giurati nel senso che la presunzione di *due care* «*remains*» in favore dell'attrice anche in sede di giudizio di fatto. Invero, non appena vi sia una *prima facie evidence* del contrario, vale a dire del fatto che l'attore abbia effettivamente concorso in qualche modo alla produzione dell'evento dannoso, «*the presumption disappears*».

(341) Più in particolare, la *prima facie evidence* dell'esistenza di un concorso di colpa di colpa dell'attore si costituiva della prova di diverse circostanze di fatto, dalle quali, secondo la tesi della convenuta, era effettivamente possibile inferire l'esistenza di un suo concorso di colpa. Fra le altre cose, si dimostrava che le condizioni climatiche, trattandosi di una tipica giornata invernale, con pioggia e nevischio, contribuivano a rendere tutte le strade più scivolose; che, proprio per questo motivo, il macchinista conduceva il tram ad una velocità ben al di sotto di quella normalmente

Esaminando le decisioni riconducibili alla tesi opposta, vale a dire quella che impone all'attore l'onere di dimostrare l'assenza di un suo concorso di colpa in quanto fatto costitutivo negativo della sua *cause of action* risarcitoria, abbiamo visto che solitamente si parla di una non meglio precisata di *presumption of negligence*, ma invano ci si sforzerebbe di trovare qualche riferimento ad uno dei *tests* giurisprudenziali esaminati nel secondo capitolo di questa nostra indagine. Una diversa conclusione, del resto, non sarebbe nemmeno possibile, considerando che, come abbiamo già avuto modo di dire precedentemente, un'allocatione degli oneri probatori di questo tipo più che il prodotto dell'applicazione di una vera e propria presunzione sembrerebbe essere la conseguenza della regola generale per cui l'attore, per ottenere ciò che ha domandato al giudice, deve necessariamente provare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio, oltre che, naturalmente, l'inesistenza di tutti i fatti costitutivi negativi.

Così impostato il discorso, dunque, è evidente che per onerare il *plaintiff* della prova dell'inesistenza di una sua *contributory negligence* sarebbe sufficiente già la sola riconduzione di tale fatto giuridico alla categoria concettuale dei fatti costitutivi negativi della sua *cause of action*, senza che sia poi necessario sforzarsi di trovare una giustificazione ad una *presumption of negligence* dell'attore. La giurisprudenza americana invece, che continua a fare riferimento ad una presunzione di questo tipo, pare ne individui la ragione portante nel criterio del *access to evidence*. 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.

Questo secondo schema di allocatione degli oneri probatori, diffuso specialmente nel Maine, nel Massachusetts e nell'Illinois, viene applicato con sorprendente regolarità nei giudizi di «*grade crossing*», instaurati dai conducenti di veicoli a motore contro le società ferroviarie per gli incidenti avvenuti nei punti in cui la strada carrabile incrocia quelle

tenuta; che l'attore, all'opposto, conduceva la sua vettura a velocità piuttosto elevata, impegnando l'incrocio in modo brusco e sconsiderato, senza segnalare in alcun modo le proprie intenzioni agli altri utenti della strada, compreso il conducente del tram, che lo ha visto pararsi davanti all'improvviso senza poter far nulla per evitare l'impatto. *Ward v. Power Light Co.*, 134 Me. 430 (1936).

ferrata. Salvo alcune peculiarità, tutto sommato irrilevanti ai fini della questione della ripartizione dell'onere della prova, lo sfondo fattuale è quasi sempre il seguente. Il conducente sostiene che, nel momento in cui si apprestava ad attraversare un passaggio a livello, non vi era alcun segno visibile, o udibile, dell'imminente arrivo di qualche treno, treno che, tuttavia, è poi puntualmente arrivato, travolgendolo. Al fine di fondare la colpa della società ferroviaria spesso si afferma che il personale del treno non ha fatto nulla per segnalare la propria presenza, ad esempio non azionando il noto segnale acustico, o comunque che il treno sopraggiungeva ad una velocità eccessiva, certamente inadeguata in un passaggio a livello. I giudicanti, accogliendo le difese sollevate dalle convenute, sempre più spesso rigettano la domanda dell'attore, ovvero limitano l'entità del danno risarcibile, sul presupposto che quest'ultimo non abbia allegato e dimostrato di essersi comportato secondo quella che deve essere considerata come l'ordinaria diligenza in fattispecie di questo tipo.

Così, oltre ad un risalente precedente della Corte Suprema dell'Illinois del 1891, *North Chicago St. R. Co. v. Louis*, è possibile fare qui riferimento ad una decisione della Corte Suprema del Massachusetts, *Tazzini v. Boston Maine Railroad*, dove nel riformare la pronuncia impugnata si affermò che l'attore avrebbe dovuto dimostrare di aver attraversato cautamente il passaggio a livello, provando l'inesistenza di quanto eccepito dalla società ferroviaria convenuta, vale a dire il fatto, che al momento dell'impatto, egli era sostanzialmente fermo sul passaggio a livello, costituendo dunque una fonte di pericolo per sé stesso e per gli altri (342). L'impostazione adottata in quest'ultima

(342) *North Chicago St. R. Co. v. Louis*, 138 Ill. 9 (1891): «*In such actions as this burden of proof is always held to be on the plaintiff to show that he was himself exercising ordinary care and diligence at the time the accident happened*». I riferimenti completi della decisione della Corte Suprema del Massachusetts sono invece *Tazzini v. Boston Maine Railroad*, 277 Mass. 108 (1931): «*The burden was on the plaintiff to show that he proceeded cautiously over the crossing ... According to his own testimony he was not moving when the collision happened, and the evidence showed that the rear part of the truck was on the railroad tracks directly in the path of an approaching train. To remain in this situation as the plaintiff did was not proceeding "cautiously over the crossing" ... it was an illegal act contributing to his injury and causing it*» (corsivo nostro). Questa impostazione è stata poi confermata fra l'altro dalla Corte Suprema del Maine in *Rannells v. Maine Central Railroad*, 190 A.2d 739 (1963): «*the railroad owes a duty of due care to the traveler crossing its tracks and the traveler in turn must act with due care under the circumstances*».

decisione fu poi successivamente confermata dalla medesima Corte in *Klegerman v. New York, N.H. Hart R.R.*, dove fu posto in capo all'attore l'onere di dimostrare l'inesistenza delle circostanze di fatto allegate in giudizio dalla società ferroviaria convenuta, relativamente a ciò che egli avesse impegnato il passaggio a livello ad una velocità così elevata da rendere materialmente impossibile accertare con la dovuta prudenza l'imminente arrivo di qualche treno, anche in assenza dei consueti segnali acustici o visivi (343).

Al di fuori di questo genere di casi abbiamo ritrovato la medesima allocazione dell'onere della prova, fondata su giustificazioni analoghe, in *Dickey v. Maine Telegraph Company* e *Buzzell v. Laconia Manufacturing Co.* Nella prima decisione l'attrice agiva in giudizio contro la società incaricata della manutenzione dei tralicci e dei cavi telegrafici, affermando che uno di detti cavi, invece che essere collegato al traliccio, pendeva sulla strada sottostante, e che, per evitarlo, fu costretta ad una brusca manovra. Tale manovra la portò in ultima istanza fuori dalla carreggiata, causando ingenti danni alla sua persona e alla sua autovettura. Accogliendo l'eccezione di difetto di *cause of action* proposta dalla società convenuta, la domanda fu rigettata principalmente sul motivo per cui l'attrice non avrebbe dimostrato di aver tenuto essa stessa una condotta ispirata alle ragioni di «*due and proper care and vigilance*», in modo da non aggravare oltremodo, e per fatto proprio, il rischio insito in quella situazione (344). In *Buzzell v. Laconia Manufacturing Co.*, invece, un lavoratore conveniva in giudizio il datore di lavoro affermando di aver subito un danno a causa del crollo di un ponte costruito da quest'ultimo per permettere ai lavoratori di spostarsi da una parte del cotonificio all'altra. Anche in questo caso si ebbe modo di dire

(343) *Klegerman v. New York, N.H. Hart R.R.*, 290 Mass. 268 (1935). *Contra*, *Capitborn v. Boston Maine Railroad*, 309 Mass. 363 (1941), dove l'onere di dimostrare l'esistenza di una *contributory negligence* attorea è stato nuovamente posto in capo al convenuto sul presupposto per cui egli sarebbe colui che «*set up and affirmatively prove that defense*»: il che vale a dire, come abbiamo più volte visto, che l'onere della prova spetta al convenuto poiché egli è la parte che allega in giudizio il fatto giuridico del concorso di colpa dell'attore con una proposizione fattuale di segno positivo, affermandone l'esistenza.

(344) *Dickey v. Maine Telegraph Company*, 43 Me. 492: «*She was required to exercise due and proper care to protect herself from injury ... If her own negligence, or rashness, or want of ordinary care, concurred in producing the injury of which they complained, the plaintiffs ought not to have recovered damages for it*».

che il lavoratore deve anzitutto dimostrare di non aver contribuito alla catena causale che ha portato al cagionamento del danno subito, e, nella specie, di dimostrare che egli non fosse a conoscenza del cattivo stato di manutenzione del ponte crollato («*insufficiency of the bridge*») (345).

Peraltro, come già abbiamo avuto modo di dire quando abbiamo introdotto per la prima volta il discorso relativo alla ripartizione dell'onere della prova della *contributory negligence* dell'attore, non ci sembra condivisibile il pensiero di quella dottrina che considera queste due tesi assolutamente impermeabili tra loro (346).

Anzitutto, entrambe le impostazioni conoscono dei «correttivi», nel senso, che alla luce di determinate circostanze di fatto, finiscono per allocare gli oneri probatori allo stesso modo della tesi contrapposta. Per quanto riguarda la prima tesi che abbiamo considerato, vale a dire quella che impone al convenuto l'onere di dimostrare l'esistenza di un concorso di colpa dell'attore, il caso più classico in cui si dà luogo ad una inversione dell'onere della prova relativamente a questo fatto giuridico si verifica quando già dagli atti di causa di parte attrice sia ragionevolmente possibile inferire la sussistenza di un suo contributo causale al cagionamento del danno. In questo senso, in *Norris v. Jones*, la Corte Suprema dell'Ohio ha posto in capo all'attore l'onere di dimostrare l'inesistenza di un suo concorso di colpa poiché già dalle sue affermazioni era possibile inferire che egli conduceva la sua autovettura ad una velocità che eccedeva di molto il limite legalmente consentito. Per giungere a tale conclusione la Corte concentrò la propria attenzione principalmente su due dettagli: il fatto che si trattasse di una giornata invernale, caratterizzata da pioggia e nevischio, che quindi rendeva il manto stradale più scivoloso e, di conseguenza, imponeva agli utenti della strada di moderare ulteriormente la propria velocità; e le modalità dell'incidente, oltre che l'entità dei danni causati dallo stesso, considerate anche le caratteristiche tecniche delle vetture dell'attore e del convenuto (347).

(345) *Buzzell v. Laconia Manufacturing Co.*, 48 Me. 113 (1861).

(346) BEACH, op. cit., 449.

(347) *Norris v. Jones*, 110 Ohio St. 598 (1924): «*Plaintiff's evidence raised a presumption of contributory negligence which was not rebutted by any evidence*».

In *Washington and Georgetown Railroad Company v. Harmon's Administrator*, queste considerazioni furono fatte proprie dalla Corte Suprema degli Stati Uniti al fine di limitare in buona parte la presunzione di colpa del *carrier* rispetto ai danni subiti dal *passenger*. Dopo aver ricordato che, secondo la regola generale, l'onere di dimostrare l'esistenza di un concorso di colpa dell'attore incombe sempre al convenuto alla luce della presunzione di *due care*, nel caso di specie tale presunzione non fu considerata operante alla luce di quanto emergeva direttamente dagli atti di causa del *passenger* attore. Quest'ultimo, invero, era effettivamente caduto dalla carrozza del *carrier*, ma probabilmente non sarebbe caduto se, come affermato dallo stesso, non si fosse seduto sul bordo del veicolo, senza alcun sostegno cui reggersi (348). Si noti infine che, da quanto ci risulta, solamente un'altra decisione della Corte Suprema dell'Ohio, *Tresise v. Ashdown*, ha approfondito ulteriormente il discorso, sottolineando che quando, come nei casi appena visti, già dalle stesse affermazioni del *plaintiff* sia possibile indurre l'esistenza di un suo concorso di colpa, la conseguente inversione probatoria interesserà solamente il *burden of production*, mentre invece il *burden of persuasion* resterebbe comunque in capo al *defendant* (349).

Con riferimento alla seconda tesi, invece, l'onere della prova della *contributory negligence* viene tuttavia posto in capo al convenuto tutte le volte in cui quest'ultimo allegghi in giudizio una colpa dell'attore particolarmente grave: si parla in queste ipotesi di «*gross negligence*», o «*willful negligence*». Si tratta sostanzialmente di rappresentazioni ipotetiche di condotte colpose dell'attore così gravi da annullare completamente l'effettiva incidenza della colpa del convenuto nella catena causale che ha poi portato al verificarsi dell'evento dannoso. In altre parole, l'onere di dimostrare l'inesistenza di una colpa tanto grave spetta

(348) *Washington and Georgetown Railroad Company v. Harmon's Administrator*, 147 U.S. 571 (1893): «*while the general rule is that the burden of proof as contributory negligence is upon the defendant, that rule was not applicable, because the presumption that the plaintiff was not in fault was overcome by plaintiff's own evidence ... it is insisted that the plaintiff was voluntarily riding upon the step of the car, when moving, without any means of support, and that this, in the absence of justification or excuse, would necessarily be negligence*».

(349) *Tresise v. Ashdown*, 118 Ohio. St. 307 (1928): «*if plaintiff's own testimony raises a presumption of contributory negligence upon his part, the burden of proof does not shift, and he is not required to remove such presumption by a preponderance of the evidence, but is only required to furnish such proof as is sufficient merely to equal or counterbalance the evidence tending to show contributory negligence on his part*».

al convenuto poiché, in sostanza, ciò che si sta dicendo è che l'evento dannoso si è verificato esclusivamente per colpa dell'attore o, il che è lo stesso, che il contributo dato dall'attore alla catena fattuale che ha poi portato al verificarsi dell'evento pregiudizievole è così elevato da poter essere considerato la causa esclusiva dell'evento stesso.

In questo senso è possibile esaminare anzitutto *Slattery v. New York, New Heaven, and Hartford Railroad Company*, dove in un giudizio di *grade crossing* l'onere di dimostrare l'esistenza di un concorso di colpa del danneggiato è stato posto in capo alla società ferroviaria in quanto essa allegava in giudizio che il danneggiato, sostanzialmente, avrebbe attraversato il passaggio a livello in una mattina di dicembre «*kind of dark and foggy like*» senza preoccuparsi di guardare se stesse sopraggiungendo un treno, continuando semplicemente a camminare con lo sguardo dritto come se nulla fosse (350). Allo stesso modo, in *Rivet v. Boston and Maine Railroad* l'onere di dimostrare l'esistenza di una effettiva *contributory negligence* dell'attore fu posto in capo al convenuto dopo che, dagli atti di causa, emergevano le seguenti circostanze di fatto: che all'attore fosse familiare il luogo in cui si era verificato lo scontro; che egli sapeva che più o meno a quell'ora passava il treno diretto a Bedford; che l'attore aveva visto il treno diretto a Bedford fermarsi e lasciar scendere alcuni passeggeri; che tuttavia, consapevole del fatto che di lì a poco il treno avrebbe proseguita la sua corsa, l'attore attraversò comunque il passaggio a livello, finendo per essere travolto dal treno appena ripartito (351).

Infine, in un discorso relativo alla questione della ripartizione dell'onere della prova della *contributory negligence* non può evidentemente essere trascurata la particolare situazione di due Stati, quello di New York e quello del Tennessee. Nello Stato di New York, sostanzialmente, si applicano entrambe le tesi che abbiamo appena visto, discriminando fra l'una e l'altra facendo esclusivo riferimento alle circostanze di fatto della controversia. Come è stato osservato in dottrina, la tendenza dei giudici di questo Stato è

(350) *Slattery v. New York, New Heaven, and Hartford Railroad Company*, 203 Mass. 453 (1909). Conformemente, *Sluskonis v. Boston and Maine Railroad*, 299 Mass. 413 (1938).

(351) *Rivet v. Boston and Maine Railroad*, 320 Mass. 41 (1946).

da sempre quella di non ridursi ad una drastica scelta tra l'una e l'altra allocazione degli oneri probatori, bensì lasciare che ciascun caso «si regoli da sé» (352).

Così, ad esempio, in *Johnson v. Hudson River R. R.* si è detto che quando dai fatti di causa così come rappresentati dalle parti appare più corretto – o più giusto, o meno oneroso, o semplicemente, come diremmo noi, più conforme alle *social policies* di un determinato contesto sociale – esigere che sia il convenuto a dover dimostrare l'esistenza della *contributory negligence*, allora l'onere della prova sarà a suo carico (353). Nel caso di specie si statui proprio in tal senso, poiché dai fatti di causa si evinceva che il convenuto conduceva il suo furgone su una strada affollata in maniera assolutamente sconsiderata («*furiously*»), finendo per investire l'attore. In questo caso, dunque, sarebbe stato evidentemente ingiusto chiedere all'attore di dimostrare la sua assenza di colpa, vale a dire che egli utilizzava la strada secondo l'ordinaria diligenza, vigliando sull'arrivo di eventuali veicoli, anche in considerazione del naturale istinto di sopravvivenza («*the natural instinct of self-preservation*»), il quale generalmente impone di stare lontani da situazioni che sembrano essere pericolose.

Quando invece, all'opposto, dagli atti di causa appare evidente che la *immediate cause* dell'evento dannoso sia stata esclusivamente la *negligence* del danneggiato, allora diventerà più corretto imporre a quest'ultimo l'onere di dimostrare l'inesistenza di un suo concorso di colpa. In altri termini, come si è stabilito in *Button v. The Hudson River Railroad Company*, «un uomo non può, a causa di una sua condotta colposa, costringerne un altro ad un dovere di attenzione e vigilanza straordinario», e in casi di questo genere è più corretto imporre al danneggiato l'onere di dimostrare non solo che il danneggiante gli ha colpevolmente cagionato un danno, ma anche che egli ha agito con prudenza, non

(352) Si veda su questo punto BEACH, op. cit., 438 e ss., secondo il quale «*it appears that the court endeavored to avoid committing itself irrevocably to either of the two antagonistic rules, letting each case depend upon its own peculiar circumstances in the matter of the burden of proof as to contributory negligence ... Under this ruling each case may be said to be the rule unto itself.*»

(353) *Johnson v. Hudson River R. R.*, 202 N. Y. 65: «*it is not a rule of law of universal application that the plaintiff must prove affirmatively that his own conduct, on the occasion of the injury, was cautious and prudent. The onus probandi in this, as in most other cases, depends on the positions of the affair as it stands upon the undisputed facts*» (enfasi nostra).

costituendo una fonte di rischio per sé stesso e per gli altri (354). Nel caso di specie, il figlio di un uomo morto a causa dell'impatto con un treno agiva in giudizio contro la società ferroviaria, domandando il risarcimento del danno. Dagli atti di causa si evinceva che il padre dell'attore, al momento dell'incidente, si trovava sdraiato sui binari, in stato confusionale a causa delle massicce dosi di alcol ingerite poco tempo prima, e tale posizione rese l'impatto praticamente inevitabile. La Corte di Appello di New York, nel riformare la decisione impugnata, specialmente con riferimento alle istruzioni date dal giudice di primo grado ai giurati, stabilì che l'esercizio di *due care* da parte del padre dell'attore, vale a dire l'inesistenza di una sua *negligence*, avrebbe dovuto essere considerata come un elemento costitutivo della sua *cause of action* risarcitoria, e proprio per questo motivo doveva incombere su di lui l'onere della prova.

Nel Tennessee, invece, non si adotta nessuna delle due tesi esaminate, applicando bensì una impostazione ibrida, in base alla quale l'attore continuerà ad essere onerato del *burden of persuasion* di una sua *contributory negligence*, mentre invece al convenuto incomberà il *burden of production*. In questo senso, dunque, si presume che il *plaintiff* si sia comportato secondo *due care* e, dunque, che non abbia contribuito con un suo concorso di colpa alla produzione dell'evento dannoso, fintantoché il *defendant* non dia una ragionevole *prima facie evidence* del contrario. Peraltro, non appena ciò dovesse verificarsi, la presunzione di *due care* dovrà considerarsi vinta, e spetterà all'attore dimostrare l'assenza di una propria *contributory negligence*.

Per avere un'idea della regola applicata in questa giurisdizione crediamo sia qui sufficiente esaminare quanto detto in un autorevole precedente della Corte Suprema del 1896, *Stewart v. Nashville*. In questa decisione, che aveva a che fare con una fattispecie fattuale simile a quelle appena viste, da un lato si è detto che, in accordo all'idea di *common*

(354) *Button v. The Hudson River Railroad Company*, 18 N.Y. 248 (1858): «*The fact that a man was on the wrong side of the road does not necessarily constitute a defense in an action against another by whom he was run over; but if his being there was the immediate cause of the incident, it is a defense, even though the person by whom the injury was committed was himself at fault. One man cannot, by his own negligence, cast upon another the necessity of extraordinary care*» (enfasi nostra). Conformemente *Lee v. Troy Citizens' Gas Light Co.*, 98 N.Y. 115.

experience per cui «ogni uomo tende ragionevolmente ad evitare situazioni per sé rischiose», spetta anzitutto al danneggiante dimostrare che l'attore ha avuto un contributo causale determinate nella concatenazione degli eventi che hanno condotto all'evento pregiudizievole. In questo senso, cioè, per l'attore che agisce in giudizio domandando il risarcimento del danno è anzitutto sufficiente affermare che egli ha subito un danno e che la *proximate cause* di tale danno è consistita sostanzialmente nella *negligence* del danneggiante convenuto. Ciò che si sottolinea, tuttavia, è che l'inesistenza di una propria *contributory negligence* resta un fatto costitutivo negativo della domanda dell'attore, e qualora il convenuto dovesse fornire una *prima facie evidence* di un suo concorso di colpa, allora spetterà poi all'attore dimostrare ai giurati, in sede di giudizio di fatto, l'inesistenza di tale fatto giuridico (355).

(355) *Stewart v. Nashville*, 96 Tenn. 50 (1896): «*in accord with common experience that any man of sound mind will ordinarily avoid personal injuries ... the plaintiff has discharged his full duty when he has shown his injury and that the negligence of the defendants was its proximate cause. It then devolves upon the defendants to show contributory negligence as a matter of defense, the presumption being in favor of the plaintiff, that he was, at the time of the accident, in exercise of due care. However ... plaintiff must make out his case in full*». Per approfondire il discorso relativo alla ripartizione dell'onere della prova della *contributory negligence* nel Tennessee, rinviamo nuovamente a WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, cit., 81 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOTT, *Two Burdens of Proof*, in *Harvard Law Review* 1892-1893, vol. VI
- ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, in *University Law Review* 1895, vol. II
- ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, in BOSTWICK, BAIRD, KATZENBERGER, PERKINS, TOPPING, *The Brief of Phi Delta Phi*, Lancaster 1899-1900, vol. II
- ALDEN, *The Defense of Payment Under Code Procedure*, in *Yale Law Journal* 1909-1910, vol. XIX
- ALLEN, LEITER, *Naturalized Epistemology and the Law of Evidence*, in *Virginia Law Review* 2001, vol. LXXXVII
- ANDERSON, *An Automobile Accident Suit. A treatise on the Pleading, Practice and Trial of an Automobile Damage Action, from its Inception to its Conclusion*, San Francisco 1934
- ARCHER, *The Law of Evidence*, Boston 1919
- BALL, *The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof*, in *Vanderbilt Law Review* 1960-1961, vol. XIV
- BEACH, *A Treatise on the Law of Contributory Negligence*, New York 1885
- BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, Londra 1827, voll. IV e V
- BIONDI, *Petizione di eredità «ex lege» ed onere probatorio in tema di disconoscimento di testamento olografo*, in *Foro italiano* 1953, IV
- BLACK, *Proof and Pleadings in Accident Cases*, Jersey City 1886
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 4^a ed., Dublino 1771, vol. III
- BLASHFIELD, *Instructions to Juries. Civil and Criminal Cases*, 2^a ed., Chicago 1916, voll. I e III
- BLUME, *American Civil Procedure*, Englewood Cliffs 2005
- BOHLEN, *The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1919-1920, vol. LXVIII
- BRIDGE, *Presumptions and Burdens*, in *The Modern Law Review* 1949, vol. XII

- BROWNING, *The Burden of Proof in a Paternity Action*, in *Journal of Family Law* 1987, vol. XXV
- BUCKLAND, *Cause of Action: English and Roman*, in *Seminar Jurist* 1943, vol. I
- BURCKHARD, *Die civilistischen präsumtionen*, Weimar 1866
- CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale* 1950
- CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova 1964
- CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Rivista di diritto processuale* 1967
- CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969
- CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore Enrico Redenti nel XI anno del suo insegnamento*, Milano 1951, vol. II
- CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Rivista di diritto processuale* 1951
- CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Rivista di diritto processuale civile* 1925
- CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica*, in *Studi Parmensi* 1980, vol. XXVIII
- CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1997
- CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale* 2010
- CAVALLONE, *Crisi delle Maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Rivista di diritto processuale* 1976
- CAVALLONE, «Non siete che un mazzo di cartel!». *Lewis Carroll e la teoria del processo*, in *Studi in onore di Ugo Gualazzini*, Milano 1981
- CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite*, Milano 2016
- CAVALLONE, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Rivista di diritto e procedura penale* 2008
- CHAMBERS, *Burden of Proof in Labor Arbitrations*, in *Duke Bar Journal* 1952, vol. III
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Napoli 1936, vol. II
- CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma 1931, vol. I

CLARK, *Handbook of the Law of Code Pleading*, 2^a ed., St. Paul 1947

CLARK, *The Cause of Action*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1933-1934, vol. LXXXII

CLEARY, *Presuming and Pleading: an Essay on Juristic Immaturity*, in *Stanford Law Review* 1959, vol. XII

COKE, *Reports*, Londra 1777, vol. V

COMOGLIO, *Le prove civili*, 3^a ed., Torino 2010

CONRAD, *Modern Trial Evidence*, St. Paul 1956

COOK, "Facts" and "Statements of Fact", in *University of Chicago Law Review* 1937, vol. IV

COOK, *Statements of Fact in Pleading Under the Codes*, in *Columbia Law Review* 1921, vol. XXI

CROSS, TAPPER, *Evidence*, 12^a ed., rist., Oxford 2013

DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003

DEVLIN, *Trial by Jury*, Londra 1956

DOWDALL, *Pleading "Material Facts"*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1929-1928, vol. LXXVII

DWORKIN, *Easy Cases, Bad Law, and Burdens of Proof*, in *Vanderbilt Law Review* 1972, vol. XXV

FISK, *Burden of Proof*, in *University of Cincinnati Law Review* 1927, vol. I

FLETCHER, *Two Kinds of Legal Rules: a Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases*, in *Yale Law Journal* 1967-1968, vol. LXXVII

FREED, *Cooperative Federalism Post-Schaffer: the Burden of Proof and Preemption in Special Education*, in *Brigham Young University Education and Law Journal* 2009

GAUSEWITZ, *Presumptions in a One-Rule World*, in *Vanderbilt Law Review* 1951-1952, vol. V

GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1971

GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto* 1986

GIULIANI, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Juridical Review* 1969, vol. LXII

GORSKE, *Burden of Proof in Grievance Arbitration*, in *Marquette Law Review* 1960, vol. XLIII

GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, ALLORIO (diretto da), Torino 1973

JACKSON, *The Machinery of Justice in England*, 3^a ed., Cambridge 1960

JACOB, GOLDREIN, *Pleadings: Principles and Practice*, Londra 1990

JAMES, HAZARD, *Civil Procedure*, 3^a ed., Boston-Toronto 1985

JOHNSON, *The Dangers of Symbolic Legislation: Perceptions and Realities of the New Burden-of-Proof Rules*, in *Iowa Law Review* 1999, vol. LXXXIV

HAMMOND, *Memorandum opinion for the classification review committee, Department of Justice*, in AA. VV., *Opinions of the Office Legal Counsel of the United State Department of Justice*, Washington 1981, vol. II

HARRIS, *What is a Cause of Action?*, in *California Law Review* 1928, vol. XVI

HAY, SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective*, in *The Journal of Legal Studies* 1997, vol. XXVI

HAY, *Allocating the Burden of Proof*, in *Indiana Law Journal* 1997, vol. LXXII

HERTENSTEIN, *Assigning the Burden of Proof in Due Process Hearings: Schaffer v. Weast and the Need to Amend the Individuals with Disabilities in Education Act*, in *UMKC Law Review* 2006, vol. LXXIV

HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 7^a ed., Londra 1956

HOLMES, *The Common Law*, Londra 1882

HUGHES, *An Illustrated Treatise on the Law of Evidence*, 3^a ed., Chicago 1907

KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge (Massachusetts)-Londra 2001

KAPLOW, *Burden of Proof*, in *The Yale Law Journal* 2012, vol. CXXI

KOFFLER, REPPY, *Handbook of Common Law Pleading*, St. Paul 1969

KRAUS, *Decoupling Sales Law from the Acceptance-Rejection Fulcrum*, in *Yale Law Journal* 1993-1994, vol. CIV

LANDES, *An Economic Analysis of the Courts*, in *Journal of Law and Economics* 1971, vol. XIV

LANGDELL, *Discovery under the Judicature Acts*, 1873, 1875, in *Harvard Law Review* 1897, vol. XI

LAUGHLIN, *In Support of the Thayer Theory of Presumptions*, in *Michigan Law Review* 1953, vol. LIII

LAWSON, *The Law of Presumptive Evidence*, Colorado 1982

LEE, *Pleading and Proof: the Economics of Legal Burdens*, in *Brigham Young University Law Review* 1997

LEITER, *The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence*, in *Brigham Young University Law Review* 1997

LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Parigi 1964

LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Rivista di diritto processuale* 1960

LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Rivista di diritto processuale* 1948, I

LINNE, *Burden of Proof Under Article 35 CISG*, in *Pace University International Law Review* 2008, vol. XX

LOUGHRAN, *Evidence*, in GILMORE, WERMUTH, *Modern American Law. A Systematic and Comprehensive Commentary on the Fundamental Principles of American Law*, Chicago 1921, vol. XIV

LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., Milano 2011, vol. I

MACNALLY, *The Rules of Evidence on Pleas of the Crown*, Londra-Dublino 1802

MAGUIRE, *Evidence: Common Sense and Common Law*, Chicago 1947

MARKHAM, *Why A "Burden Of Going Forward"?*, in *North Carolina Law Review* 1937, vol. XVI

MAY, *Some Rules of Evidence. Reasonable Doubt in Civil and Criminal Cases*, in *American Law Review* 1875, vol. X

MAYERS, *L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, Milano 1967

MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Rivista di diritto processuale* 1997

MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova 1966

MORTARA, *Commentario delle leggi e del codice di procedura civile*, 3^a ed., Milano 1923, vol. II

MCBAINE, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, in *California Law Review* 1944, vol. XXXII

MCCAULIFF, *Burden of Proof: Degrees of Belief, Quanta of Evidence or Constitutional Guarantees?*, in *Vanderbilt Law Review* 1982, vol. XXXV

MCCORMICK, *Charges on Presumptions and Burden of Proof*, in *North Carolina Law Review* 1926, vol. V

MCCORMICK, *Handbook of the Law of Evidence*, 2^a ed., St. Paul 1978

MCKELVEY, *Handbook of the Law of Evidence*, 2^a ed., St. Paul 1907

MCNAUGHTON, *Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion*, in *Harvard Law Review* 1955, vol. LXVIII

MECHEM, *The Burden of Proof in Life Insurance Cases*, in *Central Law Journal* 1883, vol. XVI

MOFFATT, *Domestic Relations: the Presumption of the Validity of the Second Marriage*, in *Marquette Law Review* 1949, vol. XXXIII

MOON, *A Proposal to Simplify Virginia Burdens of Proof*, in *George Mason University Law Review* 1989-1990, vol. XII

MORGAN, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation*, New York 1956

MORGAN, MAGUIRE, *Looking Backward and Forward at Evidence*, in *Harvard Law Review* 1937, vol. L

NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974

NOKES, *An Introduction on Evidence*, 3^a ed., Londra 1962

PATTERSON, *Warranties in Insurance Law*, in *Columbia Law Review* 1934, vol. XXXIV

PATTI, *Le prove. Parte generale*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 2010

- PEKELIS, voce *Azione* (teoria moderna), in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, vol. II
- PEKELIS, voce *Azione* (teoria moderna), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1957, vol. II
- PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, 2^a ed., Torino 1883
- PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano 2010
- PHIPSON, ELLIOTT, *Manual of the Law of Evidence*, 11^a ed., Londra 1980
- PHIPSON, MALEK, *On Evidence*, 16^a ed., Londra 2005
- POLLOCK, MAITLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2^a ed., rist., Cambridge 1968
- POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies* 1973, vol. II
- POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Lawyer* 1938, vol. XIV
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1970
- PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982
- REAUGH, *Presumptions and the Burden of Proof*, in *Illinois Law Review* 1941-1942, vol. XXXVI
- REINERT, *The Burdens of Pleading*, in *University of Pennsylvania Law Review* 2014, vol. CLXII
- REPPY, *The Anomaly of Payment as an Affirmative Defense*, in *The Cornell Law Quarterly* 1925, vol. X
- RICHARDSON, *The Law of Evidence*, 8^a ed., Brooklyn-New York 1955
- ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006
- SHERWYN, HEISE, *The Gross Beast of Burden of Proof: Experimental Evidence on How the Burden of Proof Influence Employment Discrimination Case Outcomes*, in *Arizona State Law Journal* 2010, vol. XLII

- SHIPMAN, *Handbook of Common-Law Pleading*, 3^a ed., St. Paul 1923
- SIM, *Burden of Proof in Undue Influence: Common Law and Codes on Collision Course*, in *The International Journal of Evidence and Proof* 2003, vol. VII
- SMITH, *The Power of the Judge to Direct a Verdict: Section 457-a of the New York Civil Practice Act*, in *Columbia Law Review* 1924, vol. XXIV
- STEIN, *Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation: the Law, its Rationale, a New Theory, and its Failure*, in *University of Miami Law Review* 1996, vol. L
- STEPHEN, *A Digest of the Law of Evidence*, 2^a ed., rist., St. Louis 1879
- STEPHEN, *A Treatise on the Principles of Pleadings in Civil Actions*, Washington D.C. 1919
- STERN, *Trying Cases to Win*, New York 1991
- STONE, *Burden of Proof and Judicial Process: a Commentary on Joseph Costantine Steamship, Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, Ltd.*, in *The Law Quarterly Review* 1944, vol. LX
- TARUFFO, *La semplice verità*, Bari 2009
- TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, vol. XIII, Torino 1995
- TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970
- THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898
- THAYER, "Law and Fact" in Jury Trials, in *Harvard Law Review* 1890-1891, vol. IV
- THAYER, *Presumptions and the Law of Evidence*, in *Harvard Law Review* 1889-1890, vol. III
- THAYER, *Selected Cases on Evidence at the Common Law*, Cambridge 1892
- THAYER, *The Burden of Proof*, in *Harvard Law Review* 1890-1891, vol. IV
- THAYER, *The Jury and Its Development*, *Harvard Law Review* 1891-1892, vol. V, 6 (prima parte)
- THAYER, *The Jury and Its Development*, *Harvard Law Review* 1891-1892, vol. V, 7 (seconda parte)

- THAYER, *The Jury and Its Development*, *Harvard Law Review* 1891-1892, vol. V, 8 (terza parte)
- THORNTON, *A monograph on the law of lost wills*, Chicago 1890
- TRACY, *Handbook on the Law of Evidence*, 5^a ed., Englewood Cliffs 1962
- ULRICH, *The Burden of Proof as to Testamentary Capacity in Wisconsin*, in *Marquette Law Review* 1960, vol. XLIII
- VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist., Roma 2013
- VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano 1988
- VOCINO, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore Enrico Redenti nel XI anno del suo insegnamento*, Milano 1951, vol. II
- WAIS, *Stomaching the Burden of Dietary Supplement Safety: the Need to Shift the Burden of Proof under the Dietary and Supplement Health and Education Act of 1994*, in *Seattle University Law Review* 2005, vol. XXVIII
- WALDMAN, *Allocating the Burden of Proof in Rule 60(b)(4) Motion to Vacate a Default Judgement for Lack of Jurisdiction*, in *University of Chicago Law Review* 2001, vol. LXVIII
- WEXLER C., *On Burdens, of Proof and Otherwise: Lord Wilberforce's Use of the Phrase "Prima Facie"*, in *The Cambrian Law Review* 1992, vol. XXIII
- WEXLER S., EFFRON, *Burden of Proof and Cause of Action*, in *McGill Law Journal* 1984, Vol. XXIX
- WEXLER S., *Burden of Proof, Writ Large*, in *University of Columbia Law Review* 1999, vol. XXXIII
- WHEATON, *Manner of Stating a Cause of Action*, in *Cornell Law Quarterly* 1935, vol. XX
- WHEATON, *The Code "Cause of Action": its Definition*, in *Cornell Law Quarterly* 1936, vol. XXII
- WHITE, *Burden of Proving Contributory Negligence*, in *Tennessee Law Review* 1927, vol. V
- WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^a ed., Boston 1940, voll. I e IX

WINSTON, *The Burden of Proof in Certain Civil Actions*, in *North Carolina Journal of Law*
1904, vol. I