

**Università degli Studi
di Palermo**



**Università degli Studi
di Trieste (sede consorziata)**



Dottorato di Ricerca in

Fondamenti di diritto europeo e metodologia comparatistica

(IUS/02 - XXIII ciclo)

**PROFILI COMPARATIVISTICI DELLA PROVA SCIENTIFICA. L'ESPERIENZA
STATUNITENSE ED INGLESE**

**Dottoranda
Dott.ssa Paola Monaco**

**Tutor
Chiar.mo Prof. Mauro Bussani**

**Coordinatore
Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Chiara**

A.A. 2011/2012

INDICE

<i>Introduzione</i>	4
---------------------------	---

1. Il processo di common law

1. <i>Il ruolo del giudice</i>	9
2. <i>Profili istituzionali del processo civile di common law</i>	19
3. <i>La fase di pre-trial</i>	23
4. <i>Il dibattimento concentrato</i>	30
5. <i>L'adversary system</i>	33
6. <i>La giuria</i>	37
7. <i>Cambiamenti in vista</i>	47

2. Scientific Evidence negli Stati Uniti

1. <i>Introduzione</i>	53
2. <i>Il problema della prova scientifica</i>	54
3. <i>Expert witness e valutazione della prova scientifica</i>	56

4.	<i>Il caso Frye</i>	62
5.	<i>Il test della 'scientificità' nella c.d. Daubert Trilogy</i>	67
	5.1 <i>General Electric</i>	75
	5.2 <i>Kumho Tire</i>	78
	5.3 <i>La Rule 702</i>	83
6.	<i>Le derivate della Scientific evidence nel legal process</i>	89
3.	<i>Scientific Evidence in Inghilterra</i>	
1.	<i>Il problema della prova scientifica</i>	96
2.	<i>L'expert witness in Inghilterra</i>	101
3.	<i>L'expert evidence dopo la riforma Woolf</i>	107
4.	<i>L'assenza di filtri nella valutazione dell'esperto</i>	116
5.	<i>L'Assessor</i>	119
6.	<i>L'applicazione dei Daubert factors: il dibattito</i>	122
7.	<i>La prova scientifica nella giurisprudenza inglese</i>	124
8.	<i>Conclusioni</i>	129
4.	<i>Conclusioni</i>	131

INDICE DEI CASI147

BIBLIOGRAFIA153

Introduzione

La maggior parte delle azioni giudiziali ha ad oggetto fatti controversi fra le parti¹. Di conseguenza, una delle prime esigenze di ogni sistema giudiziario – quale che sia la tradizione giuridica cui esso appartiene – è di predisporre norme capaci di regolare i meccanismi probatori nel processo².

Se la necessità è comune, il modo di farvi fronte resta assai differente. Proprio nella struttura delle procedure probatorie si ravvisa difatti uno dei fattori più evidenti di separazione fra esperienze europeo-continentali ed angloamericane. In via del tutto preliminare, possiamo osservare come, nell'Europa continentale, è il giudice ad occuparsi in prima persona della ricerca e della decisione sull'ammissione delle prove, mentre ai legali delle parti spetta soltanto di guidarne l'attività. Per converso, nell'ambiente giuridico angloamericano, le attività probatorie sono distribuite fra tre attori principali: gli avvocati, il giudice professionale ed i giurati. Agli avvocati è affidato il compito di raccogliere, vagliare e presentare le prove. Quando la corte è composta da giudice professionale e giudici laici³, sarà il primo a gestire la presentazione delle prove, da parte degli avvocati, alla giuria e ad istruire i giurati sulle regole normative e) gli standard probatori che devono essere applicati per risolvere la controversia. Ai giurati toccherà poi raggiungere un verdetto sulle questioni di fatto.

¹ Già Blackstone sosteneva che per un centinaio di cause che sorgono da fatti controversi, ce ne sarà uno soltanto in cui è il diritto ad essere controverso: SIR WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-69), Callaghan and Company, Chicago, 1884.

² JOHN H. LANGBEIN, *The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, in *Colum. L. Rev.*, 96, 1996, p. 1168.

³ Vedi infra par. 6.

Allorché invece non vi sia la giuria, ognuna di queste attività sarà realizzata da parte del giudice professionale.

È proprio, come vedremo, la diversità fra i connotati caratteristici del processo civile europeo-continentale e di quello anglo-americano a spiegare come mai l'istituto oggetto del presente lavoro - la prova scientifica, ovvero l'ipotesi in cui si impiegano conoscenze scientifiche per dimostrare un fatto in giudizio⁴ - abbia conosciuto, nelle esperienze di matrice anglosassone, una diffusione ed un'elaborazione finora impareggiate sul continente.

All'ora attuale il tema della *scientific evidence* assume un'importanza particolarmente significativa. Grazie al continuo sviluppo di nuove tecnologie, l'impiego di prove scientifiche ha ovunque conosciuto una continua espansione del suo ambito di operatività, venendo a coprire situazioni che, fino a pochi decenni fa, trovavano soluzione unicamente mediante il ricorso a strumenti quali il "senso comune" o la "comune esperienza".

Man mano che la categoria della prova scientifica si è estesa, essa ha finito tuttavia per differenziarsi al proprio interno, frammentandosi in plurime aree di rilevanza, ciascuna governata da regole autonome. Si danno così differenti tipologie di prove scientifiche, legate a diverse tecniche sperimentali ed a diverse metodologie di analisi⁵. Questa articolazione degli strumenti scientifici a disposizione del giudice aumenta

⁴ M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 965. Vedi anche infra cap. 2 par. 1.

⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 213; M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 967; M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, in AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 ss; M. TARUFFO, *Considerazioni su scienza e processo civile*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di Giovanni Comandè, Giulio Ponzanelli, Giappichelli, Torino, 2004, p. 485; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *RTDCP*, 1996, p. 248.

inevitabilmente il rischio di scelte discutibili da parte dei tribunali, vuoi nella selezione dell'esperto cui affidarsi, vuoi nella valutazione di quanto da questi prodotto⁶, e impone sempre più spesso alle corti di tracciare difficili distinzioni fra tecniche "probanti" e metodologie irrilevanti per il processo, fra scienza c.d. "buona" e *junk science*⁷, la c.d. scienza "spazzatura".

Insomma, i problemi posti dalla materia che ci occupa sono numerosi e gravi, tanto più che la loro risoluzione paradossalmente ricade sulle spalle di un soggetto, il giudice, la cui 'ignoranza scientifica' ha storicamente costituito una delle principali ragioni per l'ingresso in giudizio di quelle tecniche e di quella scienza⁸.

Ecco perché lo studio comparato delle procedure civili anglo-americane e delle connesse regole probatorie in questo settore è particolarmente prezioso per il giurista europeo. Lungi dal costituire un'eccezionalità del *common law*, il problema della *scientific evidence* è vivo anche negli ambienti di *civil law*, dove però è finora mancata una sedimentazione di riflessioni e soluzioni comparabile a quella avvenuta nei contesti anglosassoni. Chiara a tutti è allora l'utilità di guardare all'esempio dei colleghi d'oltremontagna e d'oltreoceano, ed al corpus di regole che essi hanno predisposto all'amministrazione del tema che sarà al centro di quest'elaborato.

Nello specifico verranno presi in considerazione gli aspetti fondamentali del processo civile del sistema statunitense ed del sistema inglese, dove

⁶ È rimasto celebre il caso *United States v. Johnson*, 575 F.2d 1347, 1360 (5th Cir. 1978), nel quale una corte federale ammise come *expert testimony* la deposizione di un teste che, sostenendo di aver fumato marijuana più di un migliaio di volte, si riteneva in grado di distinguere con certezza la provenienza stessa della sostanza.

⁷ Termine che ha visto consacrare il suo successo con P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991.

⁸ E.g.: E. BEECHER-MONAS, *Evaluating Scientific Evidence - An interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, CUP, New York, 2007, p. 4.

l'organizzazione del processo e le norme in materia di prova riflettono in maniera del tutto peculiare i caratteri, tipici di tutto il *common law*, del c.d. *adversarial system of litigation*. Per questo motivo, la prima parte della tesi si dedicherà all'analisi di questi caratteri fondamentali, partendo dallo studio del ruolo che il giudice svolge nel processo di *common law*, e dal confronto con la posizione che costui invece riveste nei paesi di *civil law* (par. 1). Chiarito questo aspetto, si introdurranno dapprima i tratti fondamentali del processo di *common law* (par. 2) ed i connotati della fase di *pretrial* (par. 3). Successivamente, si passerà alla descrizione di quelli che sono stati definiti i pilastri⁹ della *law of evidence* di *common law*, ossia: la concentrazione temporale del processo (par. 4), il carattere *adversarial* del procedimento di assunzione delle prove (par. 5) ed infine la presenza della giuria (par. 6).

A questo punto saremo in grado di procedere ulteriormente nello studio della *law of evidence*, giungendo al cuore del lavoro, ossia la *scientific evidence*. Il tema ha guadagnato da tempo l'attenzione degli interpreti (specie statunitensi), soprattutto a causa dell'aumento delle occasioni in cui la scienza diventa essenziale alla risoluzione di questioni giuridiche, ed in special modo alla percezione e valutazione dei fatti processuali. Si tratterà allora di rivolgere l'attenzione agli specifici problemi sollevati dalla *scientific evidence* nel processo civile americano (cap. 2) ed inglese (cap. 3), valutando le peculiarità dell'uno e dell'altro approccio, e misurando gli elementi di similitudine e di diversità che essi fra loro presentano.

Al termine di un simile percorso, potremo tirare le fila del discorso considerando dapprima come le nuove istanze sollevate dalle prove

⁹ M.R.DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 12 (trad. da *Evidence Law Adrift*, New Haven, London, 1993).

scientifiche abbiano influito sui principi fondamentali del processo angloamericano e valutando poi se e come le esperienze dei due sistemi di *common law* considerati abbiano qualcosa da insegnare ai paesi di *civil law*, o no (cap. 4).

1. *Il processo di common law*

1. *Il ruolo del giudice*

È necessario iniziare dal ruolo processuale che, nei sistemi considerati, assume la figura del giudice, perché è proprio tale ruolo a plasmare in modo caratteristico l'approccio di ciascun sistema al diritto delle prove nella procedura civile. Come vedremo nel prosieguo del lavoro, è proprio la differenza del ruolo che il giudice riveste nel processo che spiega la divergenza fra le procedure, di *common law* e di *civil law*, di accesso delle prove in giudizio, e pure la maggiore preoccupazione dei giuristi di *common law* rispetto all'ingresso della *junk science* nelle aule di tribunali¹⁰. All'interno della famiglia di *common law*, poi, sono proprio i più ampi poteri riconosciuti al giudice inglese rispetto al collega statunitense¹¹ e la diversa struttura dell'organo giudicante nei processi civili (ordinariamente giuria e giudice negli Stati Uniti, giudice singolo in Inghilterra) che valgano a dar conto delle differenze di approccio alla prova scientifica nelle due esperienze¹². Ecco perché la comprensione dei profili e dei problemi della prova scientifica impone in via preliminare di capire come si configura la figura del giudice nei sistemi che ci interessano.

Si tratta di notare, fin dall'inizio, gli elementi che maggiormente distinguono il giudice del *common law* rispetto al giudice di *civil law*. Ciò non soltanto perché, nella prospettiva di questa tesi, la disamina dei connotati processuali propri al *common law* (e distintivi nei confronti dei

¹⁰ In quanto il giudice in veste di *passive umpire* deve per certi versi sottostare alle prove che presentano le parti e che, visto che servono a sostenere interessi *paritsan*, possono essere facilmente distorte per supportare le proprie teorie. Vedi infra cap. 2.

¹¹ Con le *Civil Procedure Rules* del 1998, vedi infra cap. 3 par 3.

¹² Vedi infra cap. 3, parr. 2 e 3.

loro omologhi di *civil law*) si rende necessaria alla comprensione delle fondamenta che reggono il diritto delle prove, e della prova scientifica in particolare; ma pure perché, come accennato, il differente ruolo che il giudice gioca nella procedura anglosassone ed in quella europeo-continentale consente di individuare i punti di maggiore stacco fra le due famiglie giuridiche – stacco che non si limita alla mera divergenza fra le technicalità dei vari insiemi di norme, ma che ha le sue radici profonde nella diversità di atteggiamenti culturali che caratterizzano ciascuna *legal tradition*.

L'esame sarà del resto essenziale anche alla successiva disamina degli altri principi cardine che influenzano il diritto delle prove dei paesi di *common law*, caratterizzandolo peculiarmente rispetto a quello adottato nelle esperienze di *civil law*, ossia: la presenza della giuria, il carattere *adversary* del processo ed infine la concentrazione processuale del *trial*. Passaggi, questi ultimi, tutti necessari all'emersione delle dinamiche – che saranno affrontate nella seconda parte della tesi, e - che determinano il farsi delle regole in materia di *scientific evidence* negli Stati Uniti come in Inghilterra.

Iniziamo quindi dal giudice, e dal ruolo che egli gioca entro il processo civile di *common law* e di *civil law*. Il punto di partenza, qui, è costituito dal confronto tra i binari – *adversarial* da un lato ed *inquisitorial* dall'altro lato – lungo i quali si sono sviluppate le soluzioni processuali proprie all'una ed all'altra tradizione, ed alla luce dei quali soltanto è possibile comprendere la posizione oggi assunta dal giudice (specie rispetto alle parti) nell'amministrazione del processo.

Come è noto, gli insegnamenti tradizionali dividono i sistemi giuridici occidentali in due gruppi principali, facenti capo alle tradizioni di *common*

law e di *civil law* rispettivamente¹³. Inghilterra e Stati Uniti – assieme a tutti gli altri paesi che fanno risalire le radici del loro diritto in quello sviluppatosi, in epoca medievale, sul suolo inglese – sono pianamente considerati membri della prima. A questi si oppongono le giurisdizioni raccolte entro la tradizione di *civil law*, che affonda le proprie origini nel diritto romano-canonico diffusosi a partire dall’alto medioevo sul continente europeo¹⁴.

Accanto agli elementi di diversità nell’evoluzione storica, nelle regole sostanziali, negli stili di ragionamento giuridico, i sistemi di *common law* e di *civil law* si differenziano nettamente anche per le scelte spiegate in tema di struttura del processo (civile e penale) e di modalità di regolamentazione delle controversie giudiziali¹⁵. Una delle più importanti

¹³ Loci classici, al riguardo, sono R. B. SCHLESINGER et alii, *Comparative Law*, Foundation Press, New York, 2009, 6a ed., pp. 283-290; R. DAVID, *Les grand systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, 1973, p. 614 ss.; K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privatrechts. Band I. Grundlagen*, Mohr Siebeck e.K., Tübingen, 1971, p. 67 ss. Per una discussione su questa categorizzazione e sui suoi limiti si veda, per tutti, MATTEI U., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 5-44.

¹⁴ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, 2008, UTET, Torino, pp. 181 ss; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 103 ss; K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 93-105.

¹⁵ O. CHASE ET ALII, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, St. Paul, 2007, p. 3 ss, V. VARANO, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *RTDPC*, 2009; N. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rassegna Forense*, 2006; O. G. CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am. J. Comp. L.*, 50, 2002, p. 283; M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it., Bologna, 1991, pp. 30 ss., 52 ss., 147 ss., 192 ss., 291 ss. Per le differenze storiche tra la procedura di *common law* e di *civil law* si veda M. CAPPELLETTI, B. G. GARTH, *Civil Procedure*, in *XVI International Encyclopedia of Comparative Law*, 1987, pp. 3-8. Per la ripartizione di competenze tra giudice e parti in Germania si veda H. KOTZ, *Civil Justice Systems in Europe and in the United States*, in *Duke J. Comp. & Int'l L.* 13, Summer 2003, p. 63; J. LANGBEIN, *The German Advantage In Civil Procedure*, in *U. Chi. L. Rev.* 52, pp. 828 ss. (1985); per la Francia: CHASE ET ALII, *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 8; J.A. JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *International and Comparative Law*

diversità che corrono fra la *litigation* angloamericana e quella dei paesi di *civil law* concerne, come anticipato, proprio il ruolo del giudice – elemento che, come vedremo, ha non pochi riflessi pratici sul sistema (in generale) delle prove, nonché (in particolare) sulle regole riguardo la prova scientifica. Prima di scendere nel dettaglio dell'analisi della figura del giudice, è però opportuno descrivere brevemente i tratti – *adversarial* ed *inquisitorial* rispettivamente – che connotano i processi di *common law* e di *civil law*, e, di quella figura, determinano gli aspetti caratterizzanti.

Iniziamo col ricordare dati risaputi. Le marcate diversità esistenti fra la struttura del processo civile nel *common law* e nel *civil law* hanno condotto gli interpreti a formulare la controversa¹⁶ suddivisione dei sistemi in *adversarial* ed *inquisitorial*. Da una parte, la procedura angloamericana di *common law* è fatta rientrare nella prima categoria, in quanto in tali sistemi il controllo sul procedimento è affidato principalmente alle parti ed ai loro avvocati. Il sistema *inquisitorial* sarebbe invece descrittivo della famiglia di *civil law*, dove il giudice tende a conservare una maggiore autorità nella gestione del processo¹⁷.

Parte della dottrina enfatizza proprio questa differenza nella titolarità della gestione del processo (in capo alle parti da un lato ed in capo al giudice dall'altro) come la distinzione più importante che separa le due

Quartely 52, 2, April 2003, pp. 290 ss.; J. VINCENT – S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Précis Dalloz, Paris, 1996, 24e ed., pp. 693 ss. Sull'incontro tra la cultura di *civil law* e *common law* con riferimento all'opera delle Corti Europee si v. N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della corte di giustizia*, in «*Europa e diritto privato*», 2010, pp. 386-387; N. TROCKER, "Civil law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo, in «*Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*», 2007, pp. 463-465.

¹⁶ M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 349; R. B. SCHLESINGER et alii, *Comparative Law*, Foundation Press, New York, 1998, pp. 283-290.

¹⁷ CHASE ET ALII, *op. cit.*, p. 3.

specie di procedure¹⁸. Al contrario, altra parte della letteratura giuridica critica aspramente questa terminologia in quanto tali categorie non renderebbero giustizia alle differenze esistenti fra i sistemi appartenenti alla stessa famiglia¹⁹. Si nota, ad esempio, che Stati Uniti e Inghilterra, pur essendo entrambi paesi di *common law* con sistemi *adversarial*, presentano spiccati margini di divergenza sotto il profilo delle regole processuali²⁰: basti pensare a come la presenza della giuria nei processi civili, comune negli Stati Uniti, sia oramai pressoché caduta in disuso in Inghilterra²¹.

Ancora, l'impiego dei termini *adversarial* ed *inquisitorial* è stato criticato perché implicitamente fondato sull'asserita superiorità del primo rispetto al secondo²². Non è insolito che i *common lawyers* ritengano che, in quanto *adversarial*, la loro procedura civile sia migliore di quella propria agli *inquisitorial systems*²³, il cui attributo porta con sé il retaggio negativo dell'Inquisizione cattolica medioevale²⁴. È oramai chiaro a tutti, però, che nessun sistema processuale moderno può dirsi puramente "inquisitorio", dato che, nel settore civile come in ambito penale, sono ovunque diffusi principi incompatibili con quello schema, come il diritto ad essere ascoltati dal giudice, il diritto di produrre prove, il diritto ad essere giudicati davanti ad un giudice terzo ed imparziale²⁵.

¹⁸ M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, pp. 30-34.

¹⁹ M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, p. 349; J. MERRYMAN, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, pp. 17 ss.; M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, pp. 49 ss., 133 ss., 175 ss., 249 ss.

²⁰ Per un'analisi dettagliata di tali differenze, vedi *infra*, par. 7.

²¹ Vedi *infra* par. 7.

²² M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 340; J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.175.

²³ J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, p.175.

²⁴ O. G. CHASE ET ALII, *op. cit.*, p. 4.

²⁵ M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 04, p. 1049.

In buona sostanza la divisione fra sistemi *adversarial* ed *inquisitorial* appare come un confronto tra “*fictitious creatures*”²⁶, che per di più implica pregiudizi sui, e riduzionistiche distorsioni dei, sistemi processuali²⁷. Il che non toglie, ovviamente, che la bipartizione conservi una propria utilità nella misura in cui essa sottolinea l’importanza di alcuni elementi distintivi, che in effetti separano gli approcci anglosassoni da quelli europeo-continentali. Fra questi elementi distintivi viene in rilievo proprio il ruolo del giudice nel processo (e, di conseguenza, anche il ruolo che le parti possono esercitare in quest’ultimo)²⁸. In questa prospettiva, si rimarca, la differenza principale tra le procedure dei sistemi di *common law* e di *civil law* è l’“*adversarial versus judicial responsibility for gathering and presenting facts*”²⁹, ovvero che il compito di raccogliere e presentare i fatti sia in capo alle parti o al giudice, diversità sui cui risvolti applicativi, con speciale riguardo al ruolo delle corti, verrà pertanto ora focalizzata l’attenzione.

Non può mettersi in dubbio, in effetti, che la qualifica – *adversarial* od *inquisitorial* – del processo civile abbia riflessi immediati sulla figura del giudice³⁰. Il giudice – statunitense ed inglese³¹ – ha la tendenza a comportarsi quale arbitro passivo: sono gli avvocati a scegliere la tipologia

²⁶ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, p.4.

²⁷ S. M. LIPSET, *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W. W. Norton & Company, New York, 1997, pp. 32-36.

²⁸ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civilistica, VI, Torino, 1990, p. 340.

²⁹ JOHN H. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *U. Chi. L. Rev.*, 52, 1985, p. 863.

³⁰ O. G. CHASE ET ALII, *op. cit.*, p. 254; O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, Editori Laterza, 2009, pp. 74-75.

³¹ Con le precisazioni di cui *infra* par. 7 e cap. 3 par. 3.

di prova richiesta ai fini del successo della lite, nonché a gestire l'esibizione dei documenti e l'escussione dei testimoni³².

Dall'altra parte, il giudice continentale è investito di un ruolo molto più attivo durante le udienze, perché alla corte è affidata la responsabilità per la raccolta ed il vaglio delle prove, mentre gli avvocati si limitano a vigilare sul suo operato³³. In particolare, nei paesi di *civil law* è il giudice che autonomamente (o quasi) pone le domande ai testimoni. Anche nel caso in cui i legali sono autorizzati a porre direttamente le domande, queste vengono da loro formulate e quindi sottoposte al giudice. Nel processo civile, resta una rarità assistere ad una consistente *cross examination*³⁴ fra avvocati. Ancora, in molti paesi *civilian*³⁵ i testimoni possono essere citati direttamente ed autonomamente dal giudice senza che il loro intervento sia stato richiesto dalle parti. Ne viene che il più importante ruolo dell'avvocato di *common law* – l'esame ed il contro esame dei testimoni – è, nei paesi continentali, quasi interamente rimesso al giudice.

Un altro dato merita però attenzione. Negli ultimi tempi si è assistito all'introduzione di numerose modifiche nella *litigation* tanto di *common law* quanto di *civil law*, modifiche che hanno condotto i due sistemi ad un progressivo avvicinamento più che all'enfatizzazione delle loro differenze³⁶. Da una parte, nelle procedure di *common law* vi è stato un

³² Eloquente la descrizione di un giudice americano nel romanzo *Defending Billy Ryan* di George V. Higgins: "[He] is sworn to sit down, shut up, and listen" (citato da OTTO G. OBERMAIER, *The Lawyer's Bookshelf*, New York Law Journal, 1992, p. 2).

³³ JOHN H. LANGBEIN, *op. cit.*, p. 826.

³⁴ Vedi *infra* nota 57.

³⁵ Come in Francia, Germania, Austria e Svizzera: M. CAPPELLETTI, B. G. GARTH, *op. cit.*, p. 28.

³⁶ ADRIAN A. S. ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure Reform*, in S. Chiarloni, P. Gottwald, Adrian A. S. Zuckerman (curr.), *Civil Justice in Crisis*, OUP, New York, 1999, p. 47; N. JÖRG, S. FIELD, C. BRANTS, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems*

ampliamento del ruolo riservato alla corte a scapito dei poteri tradizionalmente riconosciuti alle parti, aprendo così le porte alla figura del *managerial judge*, ossia un giudice in grado di dirigere il processo, promuovere conciliazioni o, quanto meno, giungere rapidamente al (termine del) *trial*³⁷. Prima di sostenere di essere di fronte ad un definitivo annacquamento dei connotati finora caratterizzanti la figura del giudice nel processo angloamericano³⁸, è tuttavia necessario distinguere fra la situazione negli Stati Uniti e lo stato dell'arte del sistema inglese sul punto.

Negli Stati Uniti il *grand discriminant*³⁹ rispetto alla tradizione *civilian* continua a persistere immutato: è sempre l'avvocato - e non la corte - il responsabile della raccolta e della presentazione della prova; è ancora l'avvocato - e non la corte - che si occupa della scelta dei testimoni e di interrogarli durante la *cross-examination*⁴⁰. Nonostante l'ampliamento dei poteri attribuiti al giudice americano, sono sempre le parti - attraverso i loro avvocati - che tengono strette le redini del processo.

La convergenza *common law/civil law* risulta più evidente quando si prenda in considerazione il sistema inglese, soprattutto a seguito delle modifiche apportate nel 1998 alle *Civil Procedure Rules*. Infatti, le nuove norme affidano al giudice rilevanti *managerial powers* nel *trial*, come la possibilità

Converging?, in C. HARDING, P. FENNELL, N. JÖRG AND B. SWART (curr.) *Criminal Justice in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 42.

³⁷ N. ANDREWS, *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in *Civil Justice Quarterly*, 19, 2000, p. 19; J. RESNIK, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, 96, 1986, pp. 374 ss.

³⁸ ADRIAN A. S. ZUCKERMAN, *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure Reform*, cit., 1999, p. 47.

³⁹ JOHN H. LANGBEIN, *op. cit.*, p. 826.

⁴⁰ J. RESNIK, *Managerial Judges*, cit., p. 376.

di chiedere alle parti di presentare le prove che il giudice stesso ritiene necessarie⁴¹.

Che simili mutamenti non abbiano tuttavia ancora contribuito a cambiare la sostanza della contrapposizione fra tradizione processuale di *common law* e di *civil law* è presto dimostrato. Ancora oggi, non manca chi autorevolmente sostiene come, al ridotto ruolo che, nella gestione del processo di *common law*, riveste il giudice, corrisponde, rispetto a quanto avviene nei sistemi *civilian*, una maggiore libertà di azione al momento della decisione. Il giudice anglosassone, difatti, sarebbe in grado di plasmare in maniera incisiva il diritto sostanziale tramite la sua pronuncia, la quale potrebbe assumere l'efficacia e l'autorità dello *stare decisis*. Per contro, il giudice continentale, pur investito di più ampi poteri di gestione del processo, sarebbe poi ridotto, nella fase finale della controversia, ad una mera *bouche de la loi*, la cui libertà potrebbe declinarsi soltanto secondo le linee disegnate dalle norme di fattura legislativa⁴².

Non è questa la sede per indagare la solidità comparatistica di simili conclusioni. Di esse, quel che qui rileva fermare è un dato: a dispetto delle possibili sovrapposizioni che convergenze spontanee e trapianti giuridici sempre più di frequente creano fra processo di *common law* e di *civil law*, vi sono taluni elementi di diversità il cui inserimento nella cultura giuridica di un dato ambiente è tanto saldo quanto difficile da modificare. In una simile luce, appare evidente che l'estensione dei poteri affidati al giudice, come molti altri aspetti pratici della procedura, è radicata in profondità nel sistema giuridico considerato⁴³. Per chiarire: l'individualista ed egualitario *laissez-faire* statunitense non potrebbe mai permettere il dominio giudiziale

⁴¹ Rule 3 CPR, che contiene una lista dei *general powers of management*. Vedi anche cap. 3 par. 3.

⁴² O. G. CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, p. 299.

⁴³ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, pp. 49-52

del *trial*, situazione che viceversa è perfettamente accettabile in quelle parti del mondo dove il valore dell'autonomia dell'individuo rispetto all'autorità non assume le medesime sfumature⁴⁴. La distribuzione del lavoro fra il giudice e le parti è cioè specchio di fattori storico-culturali, quali: il tasso di fiducia riposta nello Stato come garante dei diritti dei cittadini; l'esistenza di concezioni differenti delle relazioni fra privati, e fra privati e pubblici poteri; le diverse percezioni sul se e come i diritti debbano essere tutelati e fatti valere, e così via⁴⁵. Le illustrazioni potrebbero continuare, ma il fenomeno che intendevamo sottolineare è già chiaro. Lo sfondo storico-culturale di una determinata organizzazione della giustizia civile ne influenza marcatamente le dinamiche e gli sviluppi. Lo studio comparato della struttura delle corti e della disciplina del processo non può allora arrestarsi al mero confronto fra tecnicismi processuali, ma deve di necessità indagare e mettere a paragone i tratti culturali profondi che rappresentano la base delle diverse maniere di amministrare la giustizia nei vari ordinamenti⁴⁶.

Giusta queste premesse, è ora possibile addentrarsi nello studio dei tre aspetti fondamentali che, negli ambienti di *common law*, spiegano lo spazio riservato nel processo al giudice ed alle parti, e contribuiscono per tal via a segnare i punti di maggiore frattura, anche nel diritto probatorio, fra esperienze processuali anglosassoni e non. Il riferimento è ai tre pilastri

⁴⁴ O. G. CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am. J. Comp. L.*, 50, 2002, p. 281.

⁴⁵ M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 1070 ss.

⁴⁶ M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, pp. 1050 ss., O. G. CHASE, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am. J. Comp. L.*, 50, 2002, p. 299.

menzionati in precedenza: la concentrazione temporale del dibattimento, il carattere *adversary* del processo e la presenza della giuria.

2. *Profili istituzionali del processo civile di common law*

In effetti, i connotati distintivi del diritto probatorio nel *common law* rispetto al diritto delle prove nella tradizione *civilian* possono farsi derivare dalla presenza, nel primo ma non nella seconda, di alcuni elementi, quali: la tradizionale tendenza verso la concentrazione temporale del dibattimento; il ruolo attivo che le parti possono giocare nelle fasi precedenti ad esso e durante la lite; la partecipazione al processo⁴⁷, accanto alla figura del giudice togato, di una componente giudicante laica, ossia la giuria⁴⁸. Proprio la decisività di tali connotati sul farsi della *law of evidence* impone di esaminarne qui dinamiche e tratti principali.

Cominciamo dall'ultimo istituto che abbiamo nominato, la giuria. Come vedremo meglio più avanti⁴⁹, le origini di questa si fanno risalire al basso medioevo inglese. Fin dalla seconda metà del XII secolo la duplice esigenza dei regnanti – di assicurare una giustizia decentrata, esercitando al contempo un controllo generalizzato sul territorio – fu soddisfatta attraverso il potere attribuito ai giudici itineranti, inviati nelle zone periferiche del regno, di convocare dodici testimoni, i quali avevano il

⁴⁷ H. KOTZ, *Civil Justice Systems in Europe and in the United States*, cit., pp. 61 ss; O. CHASE ET ALII, *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., pp. 1-35.

⁴⁸ M.R. DAMAŠKA., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 12 (trad. da *Evidence Law Adrift*, New Haven, London, 1993). Questi tre elementi sono definiti da Damaška come i *pilastri* che sostengono il diritto delle prove dei paesi di *common law*.

⁴⁹ Vedi infra par. 6.

compito di emettere verdetti (*vere dicta*) vincolanti sulle controversie sottoposte al loro esame⁵⁰. Ben presto – attorno al secolo XV – detti testimoni videro mutare la funzione loro assegnata, divenendo in sostanza un vero e proprio organo di accertamento dei fatti, al quale spettava di valutare le prove presentate in giudizio. Nasceva allora la giuria, intesa non più come mezzo di prova, bensì come vero e proprio giudice del fatto⁵¹.

La presenza dei giurati ha influito in varie direzioni sugli sviluppi del processo di *common law*. Per un verso, la materiale difficoltà di convocare in uno stesso luogo dodici persone ha sin dall’inizio impedito il protrarsi del processo in più udienze, favorendo la concentrazione processuale, ovvero l’esaurirsi del procedimento in una sola sessione, il c.d. *day in Court*⁵². Per altro verso, il carattere concentrato del *trial* ha fatto sì che l’apparato probatorio a sostegno delle domande e delle difese delle parti potesse essere presentato da costoro esclusivamente durante il *day in Court*, col risultato pratico che molto spesso gli avvocati non avevano modo e tempo di conoscere e studiare adeguatamente le deduzioni

⁵⁰ U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010, 3a ed., p. 9; ID., *Common Law - Il diritto anglo americano*, UTET, Torino, 1994, p. 28; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 154 ss. La prassi di rivolgersi ai testimoni derivava dalla necessità di mettere i giudici itineranti a conoscenza dei fatti controversi da un lato, e di sostituire l’antico mezzo di prova costituito dalle ordalie dall’altro lato: M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 19-22; J. D. JACKSON, *Making Juries Accountable*, in *Am. J. Comp.L.*, 50, 2002, p. 490. Sulle ordalie medievali si veda, in generale, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 4-8; R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, OUP - Clarendon Press, Oxford - New York, 1986.

⁵¹ Tant’è che l’obiettivo di ogni avvocato divenne quello di preparare con estrema attenzione il c.d. *pleading*, vale a dire il punto di fatto giuridicamente rilevante da far decidere alla giuria: U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 10. “*The most usual trial of matters of fact is by twelve such man; for ad quaestionem facti non respondent iudices; and matters in law judges ought to decide and discuss; for ad quaestionem juris non respondent juratores*”: E. COKE, *Commentary on Littleton*, Thomas ed., 1818, p. 460.

⁵² L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, cit., p. 299.

probatorie dell'avversario. L'esito del giudizio finiva perciò per essere sovente determinato dall'incapacità di un contendente di ribattere efficacemente alle prove addotte dall'avversario. Di qui l'adozione di correttivi⁵³ che puntavano a far scoprire in anticipo alle parti le proprie carte processuali, fenomeno che diede inizio a uno degli aspetti più caratteristici del processo civile anglo-americano moderno: la c.d. *pre-trial discovery*⁵⁴.

Quest'ultima, largamente sconosciuta al *civil law*⁵⁵, consiste in una vera e propria fase preliminare al dibattimento, nella quale gli avvocati si preparano al processo procurandosi, attraverso attività d'indagine e scambio di documenti, informazioni ed elementi probatori che verranno utilizzati nel *trial*⁵⁶. Sono perciò gli avvocati i veri protagonisti del processo nella fase *pre-trial*. Ad essi è riconosciuta la facoltà di controinterrogare i testimoni⁵⁷ e di interpretare le prove sotto il controllo

⁵³ Le innovazioni provennero inizialmente dalle corti d'*equity*, formatesi attorno al 1400 proprio in risposta all'incapacità delle corti regie di offrire tutela alle situazioni non tipizzate delle *forms of action*: M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., VI, UTET, Torino, 1990, p. 327; e poi U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 12 ss; V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale - testi e materiali per un confronto tra civil law e common law*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 262 ss.

⁵⁴ E multis, U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 239-241; . L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 4a ed., 2009; J. H. FRIEDENTHAL ET ALII, *Civil Procedure, Cases and Materials*, Thomson - West, St. Paul, 9a ed., 2008, 764 ss.; M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 87-88; F. JAMES JR., G. C. HAZARD JR., J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, Little Brown and Company, New York, 2001, pp. 281 ss; LR. H. FIELD, B. KAPLAN, K. M. CLERMONT, *Civil Procedure*, University Casebook Series, New York, 1997, 7a ed., pp. 501 ss. "The last 20 years have seen a judge-made revolution in English civil procedure. [...] The courts have provided plaintiffs with remedies and investigative powers which previously, if they existed at all, were available only to the police": *Arab Monetary Fund v. Hashim*, 1992, 2 All ER 911, 913.

⁵⁵ O. CHASE ET ALII, *Civil Litigation in Comparative Context*, cit., p. 7.

⁵⁶ U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 240; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, cit., pp. 298 ss.

⁵⁷ Ciascuna parte introduce la testimonianza che ritiene di utilizzare interrogando i propri testimoni; la controparte, poi, ha la facoltà di controinterrogare il testimone attraverso la c.d. *cross-examination*. Lo scopo della *cross-examination* è quello di minare l'attendibilità del

del giudice. L'attività di costui finisce così per essere tendenzialmente limitata ai tentativi di mediazione fra le parti, alla messa in luce di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e, ovviamente, alla vigilanza sulla regolarità formale del processo⁵⁸.

Poteri complessivamente ridotti sono conferiti al giudice anche nella fase successiva alla *pre-trial discovery*, quella del dibattimento. Sono difatti ancora gli avvocati a tenere le redini degli sviluppi processuali nel *trial*: ciascuna parte introduce a voce le proprie ragioni, tramite l'avvocato, in un discorso preliminare volto ad illustrare alla corte la questione in gioco e i propri argomenti; a tale momento iniziale segue l'escussione probatoria⁵⁹, anch'essa essenzialmente condotta dai legali, nel rispetto delle regole, numerose e complesse, stabilite dal *law of evidence*. Al giudice resta sostanzialmente il compito di sorvegliare l'andamento della procedura, oltre che, ovviamente, di emettere la decisione - compito che peraltro egli spesso divide con la giuria⁶⁰.

Tutti gli aspetti or ora menzionati connotano peculiarmente il processo di *common law*, ed influiscono in particolar modo sulle regole riguardo la formazione, l'assunzione e la valutazione delle prove. È proprio alla descrizione dell'influenza che detti aspetti esercitano sulla *law of evidence*

testimone, come risulta particolarmente evidente nel sistema statunitense dove il testimone può essere controinterrogato all'unico scopo di far crollare qualche affermazione da lui resa nella testimonianza diretta. In Inghilterra, invece, il testimone può essere controinterrogato anche per acquisire nuovi dati sui fatti rilevanti nel processo: M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., p. 374.

⁵⁸ Occorre tuttavia sottolineare come, negli ultimi tempi, i sistemi di *common law* siano stati costretti, a causa degli enormi costi processuali e della complessità della fase *pre-trial*, a mettere parzialmente in discussione il controllo delle parti sulla progressione del caso, cercando rimedio nell'assegnazione dei giudici di un maggiore potere di *case management*. Vedi infra par. 7.

⁵⁹ U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 240-241.

⁶⁰ Vedi infra cap. 2 par. 6 e nota 292.

che si dedicheranno i paragrafi a venire: il paragrafo 3 si concentrerà sulla fase di *pre-trial discovery* che, come abbiamo detto, è l'emblema del potere delle parti in conflitto di avere il controllo delle indagini sui fatti, mentre l'attenzione andrà alla concentrazione processuale nel par. 4, all'*adversary principle* nel par. 5, ed infine alla giuria nel par. 6. A conclusione della prima parte saremo in grado di valutare come tali profili processuali abbiano inciso su (e abbiano a loro volta subito un mutamento per effetto del)la diffusione e l'utilizzo massiccio delle prove scientifiche (par. 7).

3. La fase di pre-trial

Come accade per la maggior parte dei meccanismi procedurali di *common law*, anche per comprendere il significato operativo ed i contenuti processuali della fase di *pre-trial discovery* dobbiamo premettere al nostro discorso alcune considerazioni di natura storica, per poi passare ad analizzare le diversità intercorrenti al riguardo fra sistema statunitense ed esperienza inglese.

La struttura del procedimento di *common law*, a partire dalle sue origini e fino all'inoltrato secolo XIX, è stata sempre molto semplice. L'inizio del processo si aveva con lo scambio dei *pleadings*, volti a fissare le posizioni delle parti nella controversia; solo qualora vi fossero fatti contestati da accertare, si aveva anche la fase del *trial*, nella quale venivano assunte le prove. Al termine di questi passaggi, veniva pronunciata la sentenza. La *discovery* era pertanto un fenomeno sconosciuto nel *common law* più antico, nel quale spettava appunto ai *pleadings* di mettere a disposizione delle parti le informazioni necessarie ad articolare le proprie strategie processuali, e di fissare le prove da presentare (eventualmente) in

giudizio⁶¹. In *equity*, invece, era prevista una forma d'incontro fra le parti come fase integrante della procedura, e presto le parti poterono riferirsi a tali 'incontri' anche davanti ad una corte di *common law*, davanti alle quali divenne perciò possibile lo scambio di informazioni tra le parti sin dall'inizio del procedimento⁶². L'idea che le parti dovessero presentarsi al giudizio essendo a conoscenza, per quanto possibile, delle prove che l'avversario avrebbe presentato, l'idea che una *discovery* pregiudiziale avrebbe potuto eliminare momenti superflui nel giudizio, l'idea, infine, dell'utilità di rivelare le forze e debolezze di ciascuna parte in una fase preliminare, sono tutti elementi che hanno incoraggiato tale tipo di procedura, che era ritenuta un momento proficuo per facilitare la conclusione degli accordi fra le parti⁶³.

Nel *common law* originario, le parti giungevano dunque al dibattimento in *common law* senza saper nulla delle prove di cui disponeva l'avversario. Come abbiamo anticipato, gli inconvenienti che ne derivavano vennero corretti presso la giurisdizione d'*equity*, nella quale era consentito lo scambio di informazioni fra le parti sin dall'inizio del processo. Ciò avveniva tramite il *Bill in Chancery*, mediante il quale una parte di un processo di *common law* poteva ottenere dalla corte di *equity* un provvedimento per scoprire i mezzi di prova a disposizione dell'altra parte. Si trattava di un rimedio complicato nonché costoso, che tuttavia rappresentava l'unico mezzo di preparazione della causa per il dibattimento⁶⁴.

⁶¹ Tuttavia "*the old system of pleading at common law was to conceal as much as possible what was going to be proved at the trial*", in *Spedding v. Fitzpatrick*, 1888, 38 Ch.D. 410.

⁶² R. W. MILLAR, *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark (N.J.), 2005, pp. 201 ss.

⁶³ J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.41.

⁶⁴ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle discipline*

In Inghilterra, questa situazione rimase immutata fino all'800, quando, prima della fusione delle due giurisdizioni⁶⁵, le corti di *common law* assunsero alcuni poteri tipici delle corti di *equity*⁶⁶. Il sistema tradizionale è stato infine superato, in Inghilterra, con il *Common Law Procedure Act* del 1854 (e negli Stati Uniti con le *Federal Rules* del 1938), ove venne disciplinata in termini generali una fase chiamata *discovery*. Questo istituto sarà di grande rilevanza al fine della razionalizzazione del funzionamento del processo e costituirà il nucleo originario di una serie di attività preparatorie collocate prima del dibattimento, nella fase chiamata *pre-trial*, divenuta oramai il momento più importante del processo⁶⁷. Oggi, negli Stati Uniti come in Inghilterra, solo una bassissima percentuale dei contenziosi giunge alla fase del *trial*; la più parte trova una definizione durante od al termine della *discovery* pre-processuale⁶⁸. Dato quindi che il dibattimento rappresenta, in data odierna, un'eventualità poco frequente, si può affermare con sicurezza che il tratto distintivo più rilevante del processo angloamericano è il *pre-trial*, perché esso, oltre che assolvere alla funzione di preparazione all'eventuale giudizio, viene utilizzato come meccanismo per porre anticipatamente fine alla lite.

Prima di passare al confronto della fase di *pre-trial* negli Stati Uniti ed in Inghilterra, merita affrontare un'ulteriore questione, che pone un luce

privatistiche, sezione civilistica, VI, Torino, 1990, p.347.

⁶⁵ Per lo scontro tra corti di *common law* ed *equity* sino ai *Judicature Acts* (1873-1875) si v. CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese : le fonti*, 3. ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 261-278.

⁶⁶ Ad esempio, già con il *Common Law Procedure Act* del 1854, le corti di *common law* potevano ordinare la *discovery* di documenti ed emettere *injunctions*: U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 12 ss; V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale - testi e materiali per un confronto tra civil law e common law*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 273 ss.

⁶⁷ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 347.

⁶⁸ Vedi infra par. 7.

come la *discovery* sia modellata sulle esigenze della struttura del processo di *common law*. È stato osservato che la particolarità delle regole di *discovery* deriva dalle differenze istituzionali della natura del processo di accertamento dei fatti ossia, ancora una volta, dalla concentrazione del dibattimento e dalla presenza della giuria⁶⁹. Non bisogna dimenticare, infatti, che la concentrazione temporale del processo è anche dovuta al fatto che si richiede ai membri della giuria di lasciare, per qualche tempo, le proprie occupazioni al fine di assistere a tempo pieno al processo e decidere collettivamente il suo esito. Non sfuggiranno, quindi, i motivi per cui l'interruzione o il ritardo nel dibattimento per assumere nuove prove risulterebbe, in un processo con giuria, socialmente inopportuno⁷⁰. Tale necessità non si riscontra invece nei sistemi continentali, dove è fisiologico che l'assunzione delle prove avvenga in diverse udienze: anche qualora una parte producesse prove a sorpresa, l'altra avrà sempre modo di confutarle in un'udienza successiva⁷¹. Ovviamente, l'assenza della giuria e la differente organizzazione temporale delle udienze non sono gli unici fattori che spiegano come mai la *pre-trial discovery* non trova dimora nei sistemi *civilian*. Occorre difatti anche considerare come, in questi ultimi, non si ritenga opportuno che una parte privata conosca anticipatamente i fascicoli di quella avversaria. Il potere di assumere una prova o di obbligarne l'esibizione in giudizio è ritenuto, in altri termini, prerogativa esclusiva del soggetto pubblico del processo, ossia del giudice⁷².

Fatte queste premesse, possiamo addentrarci nell'analisi della fase di *pre-trial* nell'attuale procedura di *common law*. Abbiamo detto che attraverso la

⁶⁹ O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, Editori Laterza, 2009, p. 72.

⁷⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 73.

⁷¹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 72.

⁷² M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 72.

pre-trial discovery le parti in conflitto hanno il potere di gestire l'indagine dei fatti nella fase antecedente il dibattimento. Più in particolare, dobbiamo ora chiarire come esso presenti caratteristiche diverse nel sistema americano ed in quello inglese⁷³.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, le regole procedurali offrono agli avvocati la possibilità di ricercare le prove senza il controllo del giudice, anche se essi possono avvalersi della sua autorità per ottenere la cooperazione tanto della controparte quanto dei testimoni. Nella pratica, la *discovery* si concretizza nel fatto che ciascuna delle parti ha la possibilità di chiedere (i) che la controparte stessa o altri potenziali testimoni vengano sottoposti ad interrogatorio sotto giuramento - e ciò anche in assenza del giudice - (*deposition*)⁷⁴; (ii) ovvero che gli stessi rispondano, sempre sotto giuramento, a domande scritte (*interrogatories*)⁷⁵; oppure (iii) che producano documenti in proprio possesso, affinché la parte richiedente possa esaminarli (*document discovery*)⁷⁶. È finanche possibile che (iv) ogni parte richieda che quella avversaria o il potenziale testimone venga sottoposto ad un accertamento medico, qualora siano in questione condizioni fisico-mentali⁷⁷.

Ebbene, in tale fase il giudice non è chiamato né a fissare un termine di scadenza alle attività appena descritte, né è tenuto a partecipare ad alcuna di esse, a meno che una delle parti ne chieda l'intervento.

⁷³ Di fatto, non ci occuperemo nel dettaglio delle differenze squisitamente procedurali (per le quali si v., fra i tanti, M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, pp. 348 ss; J.A. JOLOWICZ., *On civil procedure*, pp. 30 ss., bensì di quelle connesse all'essenza stessa della fase di *discovery*, connesse con i differenti fattori culturali che caratterizzano questi due sistemi di *common law*, ossia quelle destinate a sopravvivere alle modifiche future da parte del legislatore.

⁷⁴ Rule 30, FRCP.

⁷⁵ Rule 33, FRCP.

⁷⁶ Rule 34, FRCP.

⁷⁷ Rule 35, FRCP.

La *discovery* americana rappresenta caratteri peculiari rispetto agli altri ordinamenti di *common law*, nei quali pure il dibattimento concentrato è la regola. La *pre-trial discovery* statunitense trae ovviamente le sue origini dalla prassi inglese, quando nella Court of Chancery si originò il potere di ordinare la *discovery*⁷⁸. Tuttavia è una prerogativa statunitense il fatto di aver modificato tale tecnica con strumenti investigativi molto potenti a disposizione delle parti, strumenti che non trovano uguale in nessun altro sistema di *common law* e che sono stati negativamente identificati con il termine di *fishing expeditions*⁷⁹.

Si è osservato che la particolare configurazione della *discovery* statunitense deriva ancora una volta da alcuni valori centrali nella cultura giuridica americana: l'egualitarismo e l'individualismo⁸⁰.

Per quanto concerne il primo aspetto, la raccolta dei fatti sotto il controllo delle parti nella fase anteriore al dibattimento può definirsi 'egualitaria', nel senso che, in linea teorica, viene data la possibilità anche alla parte più debole sotto il profilo economico di predisporre una buona difesa, potendo quella parte avere pieno accesso alla documentazione della controparte⁸¹. Dobbiamo anche però sottolineare che tale prospettiva offre un'uguaglianza di opportunità, ma non di risultato: la *discovery* è sì condotta dalle parti, e però è anche da queste pagata. È ben noto come alti siano i costi del processo americano; altrettanto chiaro è che, nonostante le *contingent-fee rules* permettano agli avvocati di anticipare le spese

⁷⁸ Vedi sopra. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, p. 221.

⁷⁹ M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, p. 133.

⁸⁰ O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, Editori Laterza, 2009, p. 72.

⁸¹ O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, p. 73. L'Autore porta l'esempio di un consumatore danneggiato da un prodotto che tramite la *discovery* può reperire direttamente dal produttore della documentazione fondamentale per l'azione, di cui non avrebbe potuto altrimenti venire in possesso

processuali, la parte priva di mezzi e coinvolta in una controversia i cui profili patrimoniali non siano particolarmente elevati (e dunque risultino poco attrattivi come investimento per i legali) avrà difficilmente modo di affrontare il carico economico della fase di *discovery*.

Venendo ora invece alla matrice individualista della *discovery*, si nota come questa permetta a ciascun avvocato di organizzare nella maniera che ritiene più proficua per il cliente la ricerca delle prove, senza dover sottostare al controllo del giudice. Tuttavia, dall'altro lato della medaglia - ossia dal punto di vista della parte che subisce la *discovery* -, l'intrusione della controparte può essere percepita come una violazione della riservatezza personale di natura quasi inquisitoria⁸². In questa prospettiva, l'individualismo della *discovery* statunitense si estrinseca nel potere della parte che la conduce, piuttosto che in quello della parte verso la quale essa si dirige, anche se, di fatto, le parti nel corso dell'assunzione delle prove assumeranno reciprocamente queste due posizioni.

Tali considerazioni inducono i commentatori a concludere che le regole di *discovery* vigenti negli Stati Uniti siano frutto della convinzione che è opportuno, oltre che più idoneo a far scoprire l'effettivo svolgersi degli eventi, lasciare che siano le parti a condurre l'attività di accertamento dei fatti⁸³. Dato che ci dimostra ancora una volta⁸⁴ come le tecniche procedurali siano coerenti con, e derivata diretta delle ideologie presenti nel sistema di riferimento.

Come è chiaro dalle comuni radici storiche, la *pre-trial discovery* è un istituto presente tanto negli Stati Uniti quanto in Inghilterra. Tuttavia, il grande spazio che abbiamo dedicato in questo paragrafo alla *pre-trial*

⁸² O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, cit., p. 74.

⁸³ O. G. CHASE, *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, cit., p. 74.

⁸⁴ Vedi sopra par. 1.

discovery statunitense è giustificato dal fatto che questo istituto ha lì assunto un ruolo di importanza fondamentale che non è riscontrabile in Inghilterra, né altrove⁸⁵. Ciò non significa che la fase di *pre-trial discovery* sia assente in Inghilterra, alla quale dedicheremo ora qualche breve cenno. La principale differenza fra la *pre-trial discovery* inglese e quella americana consiste nell'ampiezza delle richieste che possono essere rivolte alla controparte. Per fare un esempio, in Inghilterra, vigono norme molto più stringenti di quelle statunitensi in merito alla possibilità di chiedere l'esibizione di documenti. Infatti, questa è limitata ai soli documenti riguardanti i fatti sollevati negli scritti introduttivi (c.d. *pleadings*). Inoltre, nei processi inglesi non è consentita la *pre-trial discovery* tramite la *deposition*, che è possibile solo su ordine del giudice e limitata ai casi nei quali si sa con anticipo che il testimone non potrà essere presente nel futuro giudizio⁸⁶.

È il momento ora di proseguire nel discorso, prendendo in considerazione gli elementi procedurali di *common law* che più degli altri influenzano lo sviluppo della *law of evidence*: la concentrazione processuale, il sistema *adversarial*, la giuria.

4. La concentrazione processuale

Come gli elementi menzionati all'inizio del nostro percorso - la concentrazione temporale del processo, il ruolo esercitato dalle parti nel procedimento e la presenza della giuria - incidono sull'articolarsi delle regole probatorie?

⁸⁵ Per un'analisi dei motivi principali di v. J.A. JOLOWICZ., *On civil procedure*, cit., p. 41.

⁸⁶ Rule 34.8, *Civil Procedure Rules*.

Iniziamo dalla contrazione della dimensione del tempo processuale. Onde apprezzare l'importanza che la compattezza del processo di *common law* ha avuto nell'evoluzione del *law of evidence*, è sufficiente pensare al diverso impatto che, sui meccanismi probatori, ha un sistema processuale che si declini in diverse udienze rispetto ad uno che miri a concludersi in un'udienza sola. Nel primo caso, come accade ad esempio nel sistema italiano, è chiaro che la produzione delle prove sarà più flessibile: un numero elevato di udienze non infonderà nel giudice la preoccupazione di porre limiti pre-stabiliti circa la quantità e qualità delle prove presentate dalle parti, in quanto sarà sua facoltà esaminare ripetutamente il materiale depositato, ovvero, se necessario, farne acquisire di nuovo. Viceversa, quando si richiede che la soluzione del processo si esaurisca nell'arco di un'unica udienza, come accade nel processo di *common law*, il materiale probatorio dovrà necessariamente essere limitato attraverso regole riguardanti i requisiti necessari affinché la prova possa avere accesso nel dibattimento. Si avranno così, ad esempio, regole dirette a stabilire l'autenticità delle prove materiali, regole volte ad accertare la competenza degli esperti, regole destinate ad essere applicate nel caso in cui una prova si renda disponibile solo in un momento successivo a quello dell'ammissione delle prove nel processo, e così via⁸⁷.

Proprio con riguardo a quest'ultimo tipo di direttive, è il caso di sottolineare come nei sistemi continentali, per quanto di certo non sia incoraggiata un'offerta tardiva di prove, il problema dei termini di deduzione delle prove non assume gran rilievo, grazie alla possibilità, frequentemente riconosciuta alle parti, di chiedere all'organo giudicante un rinvio, una dilazione del termine, oppure una sua riapertura. Nei

⁸⁷ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 93, 97.

procedimenti ad udienza singola, invece, il conflitto fra l'esigenza di celerità e la possibilità di dedurre tardivamente alcune prove è di necessità risolto tramite l'inevitabile sacrificio di materiale probatorio, il cui ingresso nel processo viene escluso ogni qual volta esso imporrebbe una violazione del principio della concentrazione processuale. Se è vero che la regola va a scapito della parte che ottiene la disponibilità di una prova nel momento in cui non è più possibile produrla, occorre anche considerare che essa costituisce un monito ai difensori a prepararsi nel modo migliore possibile in vista del dibattimento⁸⁸.

Oltre che sull'organizzazione del processo, la concentrazione processuale incide notevolmente anche sul ruolo endo-processuale del giudice, e sulle tecniche delle quali egli è tenuto a divenire padrone. Un frangente in cui il giudice si trova a dover apprendere - e quindi valutare - materiale probatorio mai conosciuto prima, stimola difatti l'organo giudicante ad acquisire una certa abilità nel reagire all'elemento nuovo ed imprevisto e pronunciarsi sotto l'influenza di svolte improvvisate degli eventi. Anche oggi resta esemplare la capacità degli organi giudicanti nei sistemi di *common law* di maneggiare con disinvoltura, in un arco temporale ristretto, la grande mole di materiale probatorio presentato dalle parti, e di pronunciare decisioni fondate su prove "fresche", non analizzate in una fase preliminare⁸⁹. Per valutare appieno dette abilità, è proprio il ruolo che l'iniziativa delle parti può giocare nel processo a dover esser considerato, ed è perciò ad esso che dedicheremo il successivo paragrafo.

⁸⁸ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 97-98.

⁸⁹ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 100-102. Agli occhi dell'esperienza europea, dove si è soliti analizzare le prove nel tempo di molteplici udienze, le 'prove fresche' dettate dall'esigenza di procedimenti concentrati nel tempo paiono "fondamenta troppo fragili sulle quali basare la decisione": M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 108.

5. *Adversary system*⁹⁰

Se è noto a chiunque che il processo angloamericano è plasmato sul c.d. *adversary system*, ossia su di un modello processuale basato sulla libera competizione tra le parti innanzi ad un giudice passivo e neutrale - come abbiamo visto sopra⁹¹ -, quanto qui merita la sottolineatura è come, nel campo dell'accertamento dei fatti, l'*adversary principle* si traduca sostanzialmente nel fatto che le parti ed i loro avvocati decidono ciò che dovrà costituire oggetto di prova, ricercando il materiale probatorio e presentandolo al giudice in dibattimento.

Occorre tuttavia premettere che l'*adversary principle* è un fenomeno tuttora dominante negli Stati Uniti, ma in progressivo declino in Inghilterra, ove esso ha trovato ostacoli potenti nella riforma nel 1998 delle *Civil Procedure Rules*⁹². Le considerazioni che seguono, pertanto, si riferiscono principalmente all'ambiente statunitense.

Sul continente americano, l'*adversarial legalism* è un'ideologia che permea non solo il processo, ma ispira tutte le aree del diritto: essa si fonda sul principio secondo cui l'assetto ideale degli interessi in conflitto può raggiungersi solo lasciando libero spazio alla competizione fra i soggetti coinvolti (nella specie: gli avvocati, in rappresentanza dei loro assistiti).

⁹⁰ "A litigation is in essence a trial of skill between opposing parties, conducted under recognized rules, and the prize is the judge's decision. We have rejected inquisitorial methods and prefer to regard our judges as entirely independent": Lord Justice-Clerk Thompson, in *Thompson v. Glasgow Corporation*, SLT 237, 246, (1961).

⁹¹ Vedi sopra par. 1.

⁹² J.A. JOLOWICZ., *On civil procedure*, cit., pp. 373 ss; J.A. JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 52, 2003, p. 283; J.A. JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in *Civil Justice Quarterly*, 1996, pp. 198 ss.

Ancora una volta⁹³, il valore di fondo sotteso a tale ideologia è una forma di individualismo, secondo la quale è il singolo, lottando per l'impossessamento e la difesa dei propri beni contro chi persegue a sua volta i propri interessi, a determinare tutti gli aspetti della dinamica sociale, economica e giuridica⁹⁴.

Va da sé che l'ideologia *adversarial* presta il fianco a diverse critiche⁹⁵, in quanto essa rischia di risultare, alla resa dei conti, costosa ed inefficiente. Infatti, come abbiamo già ricordato⁹⁶, l'intera economia *adversarial* si basa su di una supposta parità formale tra le parti, che però spesso contrasta con la loro concreta disuguaglianza di mezzi, e finisce pertanto con l'arrecare un grave svantaggio alle parti più deboli⁹⁷.

Da tale configurazione del processo deriva una questione ulteriore, riguardo alla capacità del processo *adversary*, le cui redini sono monopolio delle parti, di costituire uno strumento adatto all'accertamento dei fatti. Da una parte, vi è chi pone in luce come nel modello processuale *adversary* la ricerca della verità sia irrilevante, posto che il suo accertamento appesantisce il conflitto fra le parti e pertanto non conduce ad una rapida soluzione della controversia⁹⁸. Dall'altra parte, di opinione opposta è chi ritiene che sia proprio il metodo *adversary* a permettere l'emersione della verità dei fatti, posto che esso offre alle parti un forte incentivo a procurarsi tutte le prove disponibili, ed a far luce, specie attraverso la

⁹³ Vedi sopra par. 1.

⁹⁴ R. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2001, p. 41.

⁹⁵ R. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, cit., p. 100.

⁹⁶ Vedi sopra par. 3.

⁹⁷ R. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, cit., p. 100.

⁹⁸ S. LANDSMAN, *The adversary system. A Description and Defence*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington-London, 1984, p. 36. Per la critica al sistema *adversary* in quanto non adatto alla ricerca della verità si v. M.E. FRANKEL, *The Search for the Truth: An Umpireal View*, in *U. Pa. L. Rev.*, 123, 1975, p. 1031.

cross-examination (ovvero l'esame incrociato dei testimoni), su tutti gli aspetti delle questioni discusse⁹⁹.

Non è necessario, ai nostri fini, prendere posizione sulle teorie circa le finalità del processo e sul dibattito riguardo la possibilità di far rientrare, fra queste, la ricerca della verità dei fatti. A noi infatti interessa sottolineare come le parti nel processo *adversary* governino in autonomia la materia delle prove, e le sappiano plasmare secondo i propri interessi, quali che siano i fini generali del processo. L'*adversary principle* si regge proprio su questo: sull'idea che il modo migliore per risolvere le controversie consiste nello scontro fra soggetti coinvolti in un conflitto. In tale prospettiva, il giudice riveste unicamente il ruolo di arbitro passivo, ruolo funzionale, peraltro, a governare con l'imparzialità necessaria la modalità con cui le prove vengono costruite e presentate dalle parti. Nell'ottica di un *common lawyer* statunitense, infatti, un giudice chiamato ad assumere funzioni investigative opererebbe inevitabilmente a vantaggio o pregiudizio di una delle parti, compromettendo la sua neutralità¹⁰⁰. In questo scenario, quindi, il ruolo del giudice non può che esser limitato a quello di un *passive umpire*¹⁰¹: egli dovrà - appunto come un arbitro di una manifestazione sportiva - controllare che le parti rispettino 'le regole del gioco', ma non potrà in alcun modo interferirvi. Di qui l'attribuzione di poteri investigativi ai legali delle parti, cui spetta il compito di cercare e sviluppare il materiale probatorio¹⁰². Di qui, ancora, l'inevitabile polarizzazione del materiale stesso, il quale sarà selezionato

⁹⁹ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 150.

¹⁰⁰ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 121-122.

¹⁰¹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 72.

¹⁰² Vedi sopra quanto detto in merito alla fase di *pre-trial discovery* al par. 3.

ed utilizzato nel modo che è più utile alla parte che lo produce¹⁰³. La natura “privata” dei risultati probatori portati all’attenzione del giudice (e della giuria) spiega poi il ricorso ad una serie di strumenti volti ad evitare la distorsione e l’abuso dei mezzi di prova, quali l’istituto della *cross-examination*¹⁰⁴, che consente alle parti di contestare immediatamente le fonti di informazione di controparte e così garantire la maggior genuinità possibile della prova, oppure le cc.dd. *exclusionary rules*, ossia quelle norme che permettono al giudice di determinare l’ammissibilità delle prove prodotte dalle parti¹⁰⁵. Uno dei principali motivi che giustifica le regole di esclusione è quello di evitare che le prove inammissibili giungano alle orecchie di chi potrebbe trarne le inferenze sbagliate, ossia i giurati, di cui andremo quindi ad occuparci nel paragrafo che viene¹⁰⁶.

¹⁰³ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 112 ss.

¹⁰⁴ Vedi sopra nota 57 e p. 16.

¹⁰⁵ Per proporre alcuni esempi, un difensore che non volesse chiamare un testimone potrebbe chiamare un terzo a riferirne le affermazioni, se non ci fosse la regola di esclusione della prova *de relato*; l’esclusione di testimonianze di esperti poco credibili evita che gli avvocati, pronti a sostenere ad ogni costo la difesa del cliente, scelgano un esperto qualunque a confermare la propria tesi; infine, la regola di esclusione di utilizzazione del materiale non rivelato alla parte avversaria è volta ad evitare che una parte prenda alla sprovvista l’avversario privandolo di informazioni importanti, potendo arrecare così danno alla strategia difensiva scelta. Si ritiene che questa esclusione rappresenti una sanzione per garantire l’integrità dello stile competitivo dell’accertamento del fatto: M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 124-125.

¹⁰⁶ Vedi infra nota 139 e p. 46.

6. La giuria¹⁰⁷

Sulle regole che concernono la formazione e l'acquisizione delle prove è stato però soprattutto l'istituto della giuria, nelle sue variopinte declinazioni, a lasciare un'impronta marcata¹⁰⁸. Cominceremo col delineare più approfonditamente il contesto storico in cui tale istituto si è sviluppato, per procedere poi con lo studio della connessione tra giuria e strumenti probatori.

Come abbiamo detto, la giuria prende piede nella storia inglese attorno al XII secolo¹⁰⁹. Prima di questa, il sistema probatorio più comune era rappresentato dalle ordalie, pratiche diffuse su tutto il Continente ed oltre Manica a partire dalle invasioni barbariche del IV-V secolo. Le ordalie si realizzavano tramite diverse tecniche, dall'ordinario "duello giudiziario" compiuto dalle parti davanti ai giudici, alle più crudeli prove "dell'acqua", "del calderone bollente" e "del fuoco"¹¹⁰. Bisogna però anche specificare che le ordalie non venivano intese come mezzi di prova per accertare la verità su fatti controversi, ma piuttosto come strumenti utili a

¹⁰⁷ "By the late seventeenth century the common law (...) had reached the stage of development at which all issues of fact arising in civil actions as well as in criminal proceedings had to be decided by a jury, under instruction from a judge, in the light of the evidence presented at the trial. In other words, virtually the only mode of trial known to the common law was trial by judge and jury": J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 29.

¹⁰⁸ Al punto che le regole in materia di prove sono state autorevolmente definite come "the child of the jury": J.B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Boston, 1898, p. 266.

¹⁰⁹ Sulla storia della giuria vedi, ad esempio, J. PROFFATT, *A Treatise on Trial by Jury*, Cambridge, New York, 1877; J. ABRAMSON, *We, the Jury: the jury system and the ideal of democracy*, Harvard University Press, NY, 2002.

¹¹⁰ Sulle ordalie medievali si veda, in generale, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 4-8; R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, OUP - Clarendon Press, Oxford - New York, 1986.

risolvere le liti nel caso in cui i mezzi di prova ordinari non erano riusciti a fugare ogni dubbio¹¹¹.

In Inghilterra, tali pratiche rimasero in vigore fino al tempo della conquista normanna, quando avvenne un mutamento significativo nell'amministrazione della giustizia.

Infatti, come abbiamo anticipato retro¹¹², la giuria nasce come mezzo probatorio messo a disposizione dei giudici itineranti (*justices in eyre*) che erano chiamati a risolvere le controversie entro i confini del regno. È con le disposizioni dettate a partire dalla *Constitution of Clarendon* (1164), che vennero dettate norme specifiche per disciplinare il sistema probatorio davanti a questi soggetti¹¹³. La *Constitution of Clarendon* prevedeva infatti che la prova venisse assunta tramite il giuramento di dodici uomini sui fatti oggetto di contesa¹¹⁴. Erano cioè i membri della comunità locale ad assumere il ruolo di giurati, e ad essere chiamati a fornire al giudice la conoscenza dei fatti. Di questi ultimi, i giurati potevano avere, o no, conoscenza diretta. In questo secondo caso, essi avevano la possibilità di raccogliere informazioni prima di presentarsi al giudice ovvero di trarre conclusioni dalle informazioni di cui erano in possesso: in buona sostanza essi svolgevano la funzione di testimoni, ed infatti potevano essere

¹¹¹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 8; R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, OUP - Clarendon Press, Oxford - New York, 1986, p. 114.

¹¹² Vedi retro par. 2.

¹¹³ J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, CUP, Cambridge, 1960, p. 121; L.E. MOORE, *The Jury. Tool of Kings Palladium of Liberty*, Anderson Pub., Cincinnati, 1988, p. 35.

¹¹⁴ Si v. U. MATTEI, *Common Law - Il diritto anglo americano*, UTET, Torino, 1994, p. 28; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010, 3a ed., p. 9; L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 154 ss. La prassi di rivolgersi ai testimoni derivava dalla necessità di mettere i giudici itineranti a conoscenza dei fatti controversi da un lato, e di sostituire l'antico mezzo di prova costituito dalle ordalie dall'altro lato: M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 19-22; J. D. JACKSON, *Making Juries Accountable*, in *Am. J. Comp.L.* 50, Summer 2002, p. 490.

interrogati dal giudice che volesse controllare la loro effettiva conoscenza dei fatti¹¹⁵.

Il definitivo consolidamento dell'istituto della giuria avvenne nel 1215, con la proibizione delle ordalie a seguito del Concilio Laterano IV - che rese il processo con giuria divenne l'unico strumento utile a decidere delle questioni di fatto ⁻¹¹⁶, e per effetto della consacrazione dell'istituto ad opera del Cap. 29 della *Magna Charta* (1215)¹¹⁷. Nei secoli successivi - dal XIII al XVII secolo -, la giuria subì un sostanziale cambiamento che vede i giurati mutare il proprio ruolo, da testimoni a giudici del fatto in rappresentanza del popolo, chiamati a basare la propria decisione sulle prove presentate in giudizio¹¹⁸.

Questo cambiamento del ruolo della giuria è di fondamentale importanza in quanto è ciò che ha permesso al *jury trial* di divenire un tassello essenziale nell'amministrazione inglese della giustizia, capace di resistere ai mutamenti sociali, economici, culturali che hanno interessato l'ambiente inglese dal basso medioevo in avanti, fino sostanzialmente ai giorni nostri¹¹⁹.

¹¹⁵ B. J. SHAPIRO, *A Culture of Fact: England, 1550-1720*, Cornell University Press, New York, 2000, p. 11.

¹¹⁶ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 23. Tant'è che l'obiettivo di ogni avvocato divenne quello di preparare con estrema attenzione il c.d. *pleading*, vale a dire il punto di fatto giuridicamente rilevante da far decidere alla giuria: U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 10. "*The most usual trial of matters of fact is by twelve such man; for ad quaestionem facti non respondent iudices; and matters in law judges ought to decide and discuss; for ad quaestionem juris non respondent juratores*": E. COKE, *Commentary on Littleton*, Thomas ed., 1818, p. 460.

¹¹⁷ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 22; per un commento sull'effettiva portata del Cap. 29 della *Magna Charta* si v. J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, CUP, Cambridge, 1960, p. 289.

¹¹⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 23.

¹¹⁹ J.R. POLE, "*A Quest of Thoughts*": *Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury*, in JOHN W. CAIRNS, GRANT MCLEOD, *The Dearest Birth Right of the People of England. The Jury in the History of the Common Law*, Hart, Oxford, 2002, p. 105.

Lungo la sua storia, la giuria ha difatti mantenuto immutate molte sue caratteristiche, compresa la facoltà, che si fa risalire addirittura ai tempi delle ordalie, di emettere un verdetto non motivato basato solo sulla coscienza individuale di ogni singolo giurato, la cui legittimità deriva dalla circostanza che l'opinione della giuria, essendo specchio della *vox populi* è, per definizione, 'giusta'¹²⁰. Tale caratteristica esercita ancor oggi i propri riflessi sulla modalità di accertamento dei fatti durante il *trial by jury*, dove sovente non vi è modo di capire cosa abbia determinato la giuria alle sue conclusioni. È del resto sempre possibile – almeno in linea teorica – che una giuria emetta un verdetto in contrasto con l'esito delle prove, e che assuma la decisione in virtù di motivazioni sociali, piuttosto che sulla base della valutazione delle prove presentate in giudizio. Questo elemento, peraltro, porta l'interprete contemporaneo a domandarsi se di fatto la giuria sia in grado di svolgere adeguatamente il proprio ruolo di giudice del fatto, questione, come vedremo più avanti, che assume una rilevanza tutta particolare in tema di prova scientifica¹²¹.

Ma come è strutturato, e come agisce il giudice laico nel *common law*? Anche qui, occorre un po' di storia. Agli albori del diritto processuale inglese le giurie erano composte da dodici membri e si richiedeva che i loro verdetti fossero unanimi, aspetti questi oggi conservati in alcuni ordinamenti di *common law* e modificati in altri: per fare qualche esempio, in Canada le giurie (dei processi penali)¹²² sono composte da dodici membri cui è richiesto verdetto unanime, mentre negli Stati Uniti la *Constitution of the United States* prevede che le giurie debbano essere

¹²⁰ B. J. SHAPIRO, *op. cit.*, p. 13.

¹²¹ Vedi *infra* par. 7.

¹²² Infatti, come in Inghilterra, non sono più utilizzate nei procedimenti civili, vedi anche *infra* par. 7.

composte almeno da sei membri, ai quali è consentito di emettere verdetti a maggioranza. In ogni caso, la maggior parte delle giurisdizioni americane richiede una giuria composta da dodici persone, deliberanti all'unanimità. In Inghilterra e in Galles - dove peraltro la giuria non è quasi più utilizzata¹²³ - le giurie sono composte da dodici membri che possono esprimersi a maggioranza¹²⁴.

Oggi, nel contesto ove la giuria è ancora diffusa, ossia nel processo americano, la formazione del collegio dei giurati avviene in un'udienza prima del *trial*, quando un gruppo di possibili giurati estratti a sorte da apposite liste viene convocato dal giudice. La scelta è dettata da criteri e modalità molto vari fra loro, che possono dar luogo contestazioni tanto per il procedimento adottato tanto per la mancata attuazione del principio di rappresentatività. Dalla lista dei potenziali giurati si estraggono a sorte i nomi di chi dovrebbe comporre la giuria e a questo punto ha luogo una sorta di esame orale nei confronti del potenziale giurato, durante il quale il giudice e i difensori mirano ad accertare (i) se questi è in possesso dei requisiti prescritti dalla legge per l'assunzione dell'incarico e (ii) se sono presenti ragioni per le quali le parti potrebbero rifiutare il giurato, di cui può anche infatti esser chiesta l'esclusione¹²⁵. Tale fase mira ad assicurare la rappresentatività e l'imparzialità del collegio, mettendo a disposizione delle parti strumenti di controllo sui possibili componenti del collegio dei giurati¹²⁶.

¹²³ Vedi *infra* par. 7.

¹²⁴ L. DUFRAIMONT, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, in *McGill L.J.*, 53, 2008, p. 208; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 370.

¹²⁵ G.C. HAZARD, *La nozione di "substantial evidence" nel processo civile statunitense*, in *RTDCP*, 1996, p. 252.

¹²⁶ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, *cit.*, p. 370.

Non vi è dubbio alcuno che la presenza della giuria abbia influito in modo determinante sui caratteri essenziali dell'oralità e della concentrazione del dibattimento, sulle modalità di formulazione della decisione, nonché, per quanto a noi interessa, sulle tecniche di ammissione e assunzione delle prove¹²⁷.

Anzitutto, un collegio giudicante costituito da giurati privi di specifiche cognizioni giuridiche modifica essenzialmente il ruolo svolto dai difensori delle parti entro il dibattimento: laddove nel *non-jury trial* gli interventi dei difensori sono sintetici e tecnici in quanto rivolti al giudice togato, l'esposizione di fronte ad una giuria è dominata invece dall'esigenza di far comprendere i quesiti all'uomo di strada, e rendere costui simpatetico con la posizione del proprio assistito¹²⁸.

Al di là delle tecniche impiegate dagli avvocati, la presenza della giuria influisce pure sulla fase della decisione, poiché nel *jury trial* - a differenza di quanto avviene nei processi avanti al solo giudice togato - sorge la necessità, una volta conclusa l'assunzione delle prove e svolte le conclusioni da parte dei difensori, di guidare i giurati nella pronuncia del verdetto. Questo compito è di regola adempiuto dal giudice, che impartisce ai giurati una *instruction*¹²⁹, consistente in una serie di indicazioni in merito agli elementi di carattere processuale (e.g. i criteri di valutazione delle prove) e sostanziale (e.g. regola giuridica da applicare in sede di decisione), volti a chiarire le questioni che devono essere decise dalla giuria, fermo restando che la decisione circa l'effettivo svolgimento dei fatti discussi resta comunque esclusivo appannaggio di

¹²⁷ "The English law of evidence, which is the child of the jury", James Bradley Thayer.

¹²⁸ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., p. 371.

¹²⁹ Rule 51 delle Federal Rules of Civil Procedure.

quest'ultima¹³⁰. Va da sé che spetta sempre al giudice stabilire quale tipo di verdetto la giuria dovrà emettere, operando una scelta tra il *general verdict*, lo *special verdict* e il *verdict with written interrogatories*.

Il primo è il tipo di verdetto più comune soprattutto in riferimento a cause semplici (come in quelle relative all'accertamento della responsabilità e alla misura del risarcimento), con il quale la giuria attribuisce totalmente la vittoria all'attore o al convenuto - senza motivare -, decidendo sull'esistenza dei fatti e applicando ad essi la legge secondo le *instructions* ricevute dal giudice. Ove le questioni siano invece più complesse e appaia necessario conoscere almeno parzialmente gli elementi su cui la giuria fonda la decisione, verrà adottato uno *special verdict*, con il quale la giuria risponde per iscritto alle sole questioni di fatto indicate dal giudice, formulate tenendo conto anche delle richieste di parte. La richiesta di uno *special verdict* riduce da una parte il compito della giuria all'individuazione di specifiche risposte sui fatti individuati, e complica dall'altra parte il ruolo del giudice, chiamato formulare poche e chiare questioni di fatto anche quando la controversia risulta complessa. Con il *verdict with written interrogatories* si richiede infine alla giuria una decisione globale della lite ed una risposta specifica su una o più questioni particolari di fatto formulate dal giudice. Esso rappresenta una forma di verdetto intermedia, ed è volto soprattutto a controllare la coerenza e la fondatezza del giudizio della giuria, attraverso il rapporto tra la decisione globale della lite e le singole decisioni sulle questioni di fatto, in quanto la sentenza sarà pronunciata in base al verdetto della giuria solo in caso di coerenza tra il *general verdict* e le risposte date agli *interrogatories*. Se invece tale coerenza

¹³⁰ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., p. 371.

non sussiste, sarà il giudice a pronunciare la sentenza sulla base di tali risposte, senza tener conto del verdetto¹³¹.

Quale che sia la scelta giudiziale, la pronuncia della giuria è però sempre non motivata, e quindi difficilmente impugnabile, se non per chiari motivi di errore di fatto¹³². Le giurie, difatti, deliberano in segreto, non sono tenute a motivare e non rispondono in alcun modo della decisione adottata¹³³.

Alla luce di quanto precede, sono chiari i problemi che l'istituto della giuria pone con riguardo alla prova scientifica, i cui contenuti tecnici sono di regola padroneggiati con difficoltà da parte di chi, come il giurato medio, non possiede competenze sufficienti ad analizzare risultanze scientifiche complesse¹³⁴. Si spiega così come mai, a chi sostiene la capacità della giuria di valutare accuratamente i fatti, in qualsiasi frangente¹³⁵, si contrapponga l'opinione di chi lamenta come i giurati, soggetti per antonomasia privi di qualsiasi preparazione giuridica e scientifica, siano

¹³¹ R.N. JONAKAIT, *The American Jury System*, Yale University Press, New Haven, 2003, pp. 17-18; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, cit., p. 371.

¹³² Il settimo Emendamento esclude la possibilità di revisione dei verdetti della giuria, nelle corti federali, eccetto che "according to the rules of the common law". Vale a dire che un verdetto non può essere annullato a meno che esso non abbia alcuna "rational basis in evidence": J. S. KIERNAN, *The Litigation Manual: Special problems and appeals*, Section of Litigation, American Bar Association., Chicago, 1999, p. 33.

¹³³ L. DUFRAIMONT, op. cit., p. 209.

¹³⁴ "For those who have been taught to revere the jury's central place in our justice system, it comes as a surprise to learn that, in the eyes of the law, jurors' rational capacities often approach those of "a group of low-grade morons."", EDMUND MORRIS MORGAN, *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation*, 1956, p. 105; "treat jurors as children, refusing to let them take notes during trial or to have written copies of the legal instructions they are supposed to follow." JEFFREY ABRAMSON, *We, the Jury*, 1994, p. 5.

¹³⁵ Ciò significa svolgere le proprie mansioni in una maniera che riflette i valori della comunità (poiché si ritiene che le giurie, applicando norme di legge e deliberando senza motivare, siano dotate della libertà di applicare più flessibilmente il diritto, in modo che esso risponda ad equità e rifletta gli standard di giustizia della comunità), proteggere individui contro normative oppressive, educare il pubblico al sistema della giustizia e rendere quest'ultimo legittimo agli occhi dell'opinione pubblica: L. DUFRAIMONT, op. cit., pp. 209 ss.

spesso chiamati a valutare prove tecniche, che essi necessariamente considerano attraverso gli unici strumenti ermeneutici in loro possesso, ovvero quelli dell'uomo comune¹³⁶.

Di queste contrapposte posizioni si ha un eco nelle soluzioni normative statunitensi adottate riguardo al problema. Da una parte, infatti, i legislatori hanno introdotto taluni accorgimenti processuali che dimostrano una spiccata fiducia nell'opera dei giurati; si pensi, ad esempio, alle regole che impongono ai giurati di trarre solo specifiche conclusioni da determinate prove, o che richiedono di ignorare determinanti informazioni di cui le parti sono venute in possesso in modo illecito¹³⁷. In altre occasioni, è invece lo stesso legislatore a farsi carico dell'esigenza di guidare l'analisi dei fatti da parte dei giurati, come accade ogni qual volta si autorizza il giudice professionista ad esercitare un controllo più o meno esteso, sulla decisione della giuria¹³⁸, oppure quando si impone al giudice il dovere preliminare di filtrare tramite le cc.dd. *exclusionary rules* determinate prove presentate dalle parti, per evitare che i giurati ne possano trarre conclusioni inappropriate¹³⁹.

Nei riguardi di queste ultime regole, taluno ha potuto osservare come chiedere ai giurati di emettere un verdetto incidente sulla vita, sulla libertà o sulla proprietà di una persona ponendo a base della loro decisione del

¹³⁶ J.D. JACKSON, op. cit., p. 478.

¹³⁷ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, 2003, p. 53; U. MATTEI, op. cit., p. 233.

¹³⁸ Vedi TODD E. PETTYS, *The Immoral Application of Exclusionary Rules*, in *Wis. L. Rev.*, 2008, p. 476, anche per una ricostruzione storica dei rapporti tra giudice e giurati a partire dal XIII secolo.

¹³⁹ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 186. Per fare un esempio evidente, si pensi - in un procedimento penale - alla sottoposizione ai giurati di foto cruento del corpo della vittima, che potrebbe condurre i membri della giuria ad un verdetto di colpevolezza, assunto senza valutare con attenzione le prove che dimostrerebbero la colpevolezza dell'imputato *beyond any reasonable doubt*: TODD E. PETTYS, op. cit., p. 501. Si veda anche sopra par. 5.

materiale probatorio *government-screened*, si ponga in contrasto con la garanzia della libertà di opinione garantita dal *First Amendment* della Costituzione americana¹⁴⁰. La limitazione delle informazioni a disposizione dei cittadini, sulla base del timore di cosa queste possano far loro credere o di come possano farli comportare, è difatti considerata un'offesa all'autonomia di pensiero, poiché l'individuo chiamato a compiere una scelta per la collettività dovrebbe avere la possibilità di accedere illimitatamente alle risorse probatorie esistenti¹⁴¹.

Altri osservano, però, come le decisioni cui sono chiamati i giurati nelle aule di tribunale ed incidenti sulla vita di altre persone siano diverse dalle scelte della vita quotidiana protette dal *First Amendment*; pertanto sarebbe costituzionalmente legittimo che il legislatore eviti ai giurati di venire a contatto con prove che creerebbero per i contendenti il rischio di essere esposti a verdetti basati su ragionamenti giuridicamente inammissibili, nella misura in cui appunto sono vietati dalle *exclusionary rules*¹⁴².

Diversa è poi la chiave di lettura offerta da una voce autorevole in materia di *law of evidence*, secondo la quale sarebbe un errore leggere le c.d. regole di esclusione solamente come un segno di sfiducia verso il ragionamento dei giurati. Per comprendere la vera *ratio* di quelle regole bisogna invece prendere in considerazione il momento finale del giudizio, vale a dire l'emissione del verdetto, un provvedimento immotivato nel quale non vengono resi espliciti gli elementi in base ai quali si è giudicato. È solo tenendo a mente la struttura del verdetto che le regole volte alla disciplina

¹⁴⁰ TODD. E. PETTYS, op. cit., p. 467; Joseph Sanders, *The Merits of the Paternalistic Justification for Restrictions on the Admissibility of Expert Evidence*, in *Seton Hall L. Rev.*, 33, 2003, pp. 891-899.

¹⁴¹ F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, CUP, Cambridge, 1982, p. 69.

¹⁴² "[T]he government presumably may also screen jurors from relevant evidence that would create an unacceptably high risk of harm to litigants in the form of verdicts that are based on reasons that the law condemns": TODD. E. PETTYS, op. cit., p. 467.

delle prove presentate alla giuria apparirebbero quali esse sono: uno strumento d'ausilio nel momento finale della valutazione collettiva dei giurati, la chiave per bilanciare la comunicazione tra giudici non professionisti, per far sì che questi siano in grado di allontanarsi il più possibile dalle loro convinzioni personali e possano riferirsi a standard giuridici di decisione intersoggettivamente validi. Del resto, si aggiunge ancora, la regolamentazione delle prove è una necessità, poiché essa permette di legittimare, ex ante, il verdetto poi adottato dalla giuria: le regole di esclusione, in questa prospettiva, rivestirebbero il medesimo ruolo che, in *civil law*, svolge la motivazione rispetto alle sentenze¹⁴³. Il che non toglie però che, ad un osservatore di *civil law*, resta poco chiaro il contrasto tra il complesso apparato predisposto per l'assunzione e l'acquisizione delle prove da una parte, e l'"*inarticulate and impenetrable epilogue*" dell'accertamento dei fatti da parte dei giurati, dall'altra parte¹⁴⁴. Terminata questa breve disamina degli istituti che influiscono in maniera rilevante sul diritto delle prove angloamericano e che affondano le proprie radici nella stessa storia del *common law*, è venuto ora il momento di verificare se tali aspetti siano rimasti o no indenni all'evolversi delle esigenze processuali che si sono presentate nel corso del tempo.

6. *Cambiamenti in vista*

Abbiamo già avuto modo di sottolineare come l'importanza giocata sul processo di *common law* dagli elementi appena descritti - la concentrazione

¹⁴³ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, pp. 58-63.

¹⁴⁴ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, p. 63.

processuale, l'*adversary system* e la presenza della giuria - sia progressivamente andata riducendosi¹⁴⁵.

(i) È oramai statisticamente riconosciuto che la percentuale della cause civili che giunge alla fase del dibattimento è decisamente esigua¹⁴⁶. Oggi la fase di *pre-trial* è spesso occasione di conciliazioni, decisioni in *default*¹⁴⁷ e *summary judgments*¹⁴⁸, col risultato che molte delle regole probatorie che trovano il loro fondamento proprio nella concentrazione temporale del processo, e nella necessità di mettere il giudice, la giuria e le parti nelle condizioni di apprezzare materiale probatorio mai esaminato prima, hanno gradualmente perso la loro importanza.

(ii) Ancorché l'*adversary system* sia sempre rappresentato come elemento caratterizzante l'esperienza processuale di *common law*, le novità introdotte nelle statunitensi *Federal Rules of Civil Procedure* e la recente modifica inglese delle *Civil Procedure Rules* hanno profondamente mutato la figura del giudice, che da arbitro terzo della lite sta via via divenendo un *managerial judge*¹⁴⁹.

¹⁴⁵ J.A. JOLOWICZ., *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 29, 377.

¹⁴⁶ In Inghilterra si parla di accesso alla fase del *trial* del 2-3% delle cause iniziate. TARUFFO M., op. cit., 2001, p. 351. Per quanto riguarda gli Stati Uniti, "[y]et there is growing evidence that the trial is disappearing. Over the past 40 years, trials of every category of case in the federal courts - both civil and criminal - have steadily declined in number. Based on one set of data, civil trials, both bench and jury, have fallen from 5,802 in 1962 to 4,569 in 2002. As a percentage of all civil dispositions, the number of trials has dropped from 11.5 percent to 1.8 percent" (HIGGINBOTHAM P. E., *The Disappearing Trial and Why We Should Care*, in www.rand.org/publications/randreview/issues/summer2004/28.html).

¹⁴⁷ Quando una parte omette di costituirsi e difendersi (Rule 55, Federal Rules of Civil Procedure).

¹⁴⁸ Il *summary judgment* si può ottenere quando una parte dimostra che non vi è alcuna "genuine issue of material fact" ed ha la facoltà di un "judgment as a matter of law" (Rule 56, Federal Rules of Civil Procedure). M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, 352; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 408.

¹⁴⁹ J. RESNIK, *Managerial Judges*, in *Harv. L. Rev.*, 96, 1982, pp. 376-448.

Per un verso, negli Stati Uniti, sono conferiti al giudice diversi poteri di direzione del processo (e.g., direzione delle *pretrial conferences* - Rule 16 FRCP -, decisione delle regole per l'assunzione delle testimonianze - Rule 43 FRCP -), nonché veri e propri poteri di iniziativa istruttoria¹⁵⁰ (e.g. identificando in uno stadio iniziale del *trial* la prova su questioni controverse che possono portare a *judgment as a matter of law* oppure a decisioni *on partial findings* - Rule 16(c)(2)(N))¹⁵¹.

Per altro verso, oltre Manica, è proprio la differente percezione della minaccia al mantenimento dei caratteri *adversary* del processo civile ad opera dell'esercizio giudiziale di poteri discrezionali di iniziativa probatoria che ormai separa sempre più nettamente l'approccio statunitense da quello inglese. È al riguardo esemplare la riforma della procedura civile avvenuta in Inghilterra negli anni novanta del secolo scorso - e codificata appunto dalle *Civil Procedure Rules* del 1998 -, a seguito della quale, pur essendo stata mantenuta la distinzione fra la fase *pre-trial* e *trial*, è stato incisivamente modificato il ruolo del giudice nella prima fase, nella quale egli è ora tenuto ad intervenire, controllandone tempi e modalità di svolgimento. Per inciso, la riforma ha mutato notevolmente i connotati del processo tradizionale anche nella misura in cui essa, aumentando la possibilità dell'utilizzo di documenti scritti ad uso delle parti e del giudice, ha determinato uno smussamento del tradizionale impianto accusatorio della procedura¹⁵².

¹⁵⁰ M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 341; E. G. THORNBURG, *The Managerial Judge Goes to Trial*, in *U. Rich. L. Rev.*, 44, 2010, pp. 162-163.

¹⁵¹ "{O}rdering the presentation of evidence early in the trial on a manageable issue that might, on the evidence, be the basis for a judgment as a matter of law under [...] or a judgment on partial findings [...]":Rule 16(c)(2)(N).

¹⁵² J.A. JOLOWICZ, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, cit., pp. 287 ss.; M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, 349.

(iii) La giuria è l'istituto che più degli altri è andato incontro ad un declino evidente, anche se in misura differente nei due sistemi che stiamo prendendo in considerazione.

Infatti, nei processi civili statunitensi la giuria conserva ancora oggi un ruolo pregnante, soprattutto in quanto il *jury trial* nel processo civile è garanzia prevista dal VII Emendamento della Costituzione. Inoltre, tale riconoscimento trova riscontro anche in diverse costituzioni statali: emblematica risulta quella dello Stato di New York, dove si afferma che il processo con giuria “*shall remain inviolate forever*”¹⁵³.

È tuttavia vero che la *Rule 38* delle *Federal Rules of Civil Procedure*¹⁵⁴ lascia alle parti il potere di disporre di tale diritto, prevedendo che la richiesta del *trial by jury* debba esser fatta valere tempestivamente con apposita istanza, in mancanza della quale il diritto s'intende rinunciato. Non solo. In virtù della possibilità loro concessa dalla *Rule 48* delle *FRCP*¹⁵⁵, le parti possono anche concordare un numero di giurati inferiore ai dodici previsti istituzionalmente ed ammettere la conclusione del processo con un verdetto a maggioranza, anziché all'unanimità.

Dette facoltà si traducono sovente in incentivi, per le parti, a scegliere il *trial by jury*, modellandone l'operare sulle necessità e strategie processuali a loro più congeniali. Del resto, occorre sempre ricordare che solo chi affronti il lungo e dispendioso *jury trial*¹⁵⁶ può coltivare la speranza di veder il proprio investimento remunerato dalla pronuncia, da parte della

¹⁵³ New York State Constitution, Art. 1, § 2.

¹⁵⁴ Introdotta nel 1938, revisionata più volte (da ultimo nel 2009).

¹⁵⁵ Vedi sopra par. 6.

¹⁵⁶ L'articolazione temporale espansa e la maggiore dispendiosità, tipiche del *jury trial*, si devono, da una parte, alla lunga fase di scelta dei giurati (*voir dire*) nonché di quella di esclusione degli stessi (*peremptory challenges*), e, d'altra parte, alle complesse *rules of evidence* che governano il *jury trial*. DOUGLAS G. SMITH, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, in *Ala. L. Rev.*, 48, 1997, p. 409.

giuria stessa, di una condanna esemplare, in termini di *compensatory* e di *punitive damages*¹⁵⁷.

In Inghilterra, invece, la *civil jury* non rappresenta più già dal secondo dopoguerra l'archetipo del processo civile. All'epoca, la più parte della giustizia civile riguardava soprattutto cause di risarcimento dei danni ove le parti preferivano, ai lunghi e costosi processi con la giuria, la velocità e l'uniformità della giurisprudenza che i processi avanti al giudice togato sembravano meglio assicurare¹⁵⁸. La prassi è poi divenuta norma legislativa¹⁵⁹. Il risultato è che oggi, in Inghilterra, il *trial by jury* può essere disposto su istanza di parte nei soli casi di *defamation*¹⁶⁰, nonché di *libel and slander, fraud, malicious prosecution* e *false imprisonment*, a meno che la corte non ritenga necessaria una "*prolonged examination of documents or accounts, or any scientific or local investigation which cannot be conveniently made with a jury*"¹⁶¹.

Termina qui la nostra breve rassegna dei profili istituzionali che governano il processo di *common law*. Abbiamo ora tutti gli strumenti

¹⁵⁷ M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, 352.

¹⁵⁸ La *Court of Appeal* in *Ward v. James* riteneva che la giuria dovesse essere utilizzata solo in casi eccezionali, salvo che fosse obbligatoriamente prevista da uno *statute* (*Ward v. James* (1966) 1 Q.B. 273), confermato successivamente anche dalla *House of Lords* in *Williams v. Beesley* (1973) 1 W.L.R. 1295.

¹⁵⁹ Con il *Supreme Court Act* del 1981, sec. 69.

¹⁶⁰ S. LLOYD-BOSTOCK, C. THOMAS, *Decline of the "little Parliament": juries and jury reform in England and Wales*, in *Law & Contemp. Prob.*, 62, 1999, p. 7; M. TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, p. 369. Vedi cap. 3 par. 3.

¹⁶¹ C. ELLIOTT, F. QUINN, *English Legal System*, Longman - Pearson, Harlow, 9th ed. 2008, p. 196. Il fatto che la giuria non sia più diffusamente presente in Inghilterra ma sia ancora comune negli Stati Uniti riflette una profonda differenza fra le culture dei due sistemi, soprattutto in merito alla concentrazione del potere di governo in capo all'autorità statale, concentrazione che non viene percepita come problematica in Inghilterra, mentre viene guardata con diffidenza negli Stati Uniti: S. C. YEAZELL, *The New Jury and the Ancient Jury Conflict*, in *U. Chi. Law Forum*, 1990, p. 87.

necessari per procedere allo studio dell'oggetto principale della tesi, ossia la *scientific evidence*. Cominceremo col considerare gli Stati Uniti, analizzando i *leading cases* in materia, nonché le disposizioni legislative che più rilevano al riguardo (cap. 2). Sarà quindi la volta dell'Inghilterra, dove focalizzeremo la nostra attenzione sull'atteggiamento della giurisprudenza e della dottrina nei confronti della prova scientifica, soffermandoci poi a valutare se, e quanto, questo si discosti dal modello americano (cap. 3).

2. Scientific Evidence *negli Stati Uniti*

1. *Introduzione*

Come sappiamo¹⁶², con la locuzione “*scientific evidence*” (“prova scientifica”) si fa riferimento alle ipotesi in cui, al fine di accertare un fatto giudicato rilevante in un processo civile o penale, è necessario ricorrere a conoscenze specialistiche di natura scientifica¹⁶³.

Il tema pone all’interprete numerosi quesiti, soprattutto in merito alla definizione dei meccanismi atti a regolamentare l’ingresso e la valutazione della prova in giudizio. Non stupisce perciò che, in tempi recenti, e a fronte dell’aumento di occasioni in cui la scienza offre il suo aiuto alla percezione e valutazione dei fatti processuali, lo stesso tema sia divenuto uno dei luoghi privilegiati di discussione nei dibattiti in materia probatoria, specialmente nei contesi di *common law*.

Ecco perché questo elaborato si concentra sui problemi sollevati dalla *scientific evidence* nel processo civile americano ed inglese¹⁶⁴. Dopo una breve

¹⁶² Vedi sopra p. 5.

¹⁶³ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009, pp. 213 ss.; M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 965; M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVI, UTET, Torino, 1997, p. 23.

¹⁶⁴ Tra le più recenti monografie statunitensi dedicate alla *scientific evidence*, D. FAIGMAN ET ALII, *Modern Scientific evidence : the law and science of expert testimony*, Thomson/West, St. Paul, Minn, 2008; PAUL C. GIANNELLI - EDWARD L. IMWINKELRIED JR, *Scientific Evidence*, Lexis Nexis, Newark, 2007; A. MOENSSENS ET ALII, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Foundation Press - Thomson/West, New York - St. Paul, Minn, 2007. Il tema è generalmente affrontato anche nei principali manuali di *Evidence*: fra i tanti, CD. H. KAYE ET ALII, *The new Wigmore: a treatise on evidence - Expert Evidence*, Wolters Kluwer Law & Business - Aspen Publishers, Austin - Frederick, 2011; C. B MUELLER, L. C. KIRKPATRICK, *Evidence under the Rules*, Aspen Publishers, New York, 2008, pp. 605 ss.; I. YOUNGER et alii, *Principles of Evidence*, LexisNexis, Newark - San Francisco - Charlottesville, 2007, pp. 207 ss.; TILFORD MCCORMICK, *McCormick On Evidence*,

introduzione del tema, si inizierà prendendo in considerazione il sistema statunitense, che di certo rappresenta l'esperienza più significativa in materia. Oltre Atlantico, difatti, tali questioni sono discusse da tribunali, scolari e legislatori da un cinquantennio almeno. Procederemo pertanto all'analisi dei caratteri processuali del *common law* statunitense che maggiormente influiscono sulle regole riguardo la prova scientifica. Una volta chiarito il rapporto fra quest'ultima ed i connotati fondamentali del *law of evidence*, dedicheremo particolare attenzione alle più importanti decisioni intervenute sul punto. Verrà infine messo in luce come il problema della prova scientifica si riveli così incisivo sul sistema processuale statunitense, da aver condotto il dibattito a riconsiderare alcuni profili tradizionali dell'*adversary system*, in particolar modo il ruolo della giuria e del giudice. Di seguito (cap. 3) l'attenzione si focalizzerà invece sui meccanismi approntati del sistema inglese per coordinare i rapporti della scienza nel processo, evidenziando i tratti caratteristici propri al modello anglosassone, e le differenze più rilevanti fra esso e l'esempio americano.

2. Il problema della prova scientifica

Come abbiamo visto all'inizio di questo lavoro¹⁶⁵, gli studi scientifici stanno ampliando sempre più le proprie aree di indagine, giungendo a coprire settori nuovi ed inesplorati. Va da sé che questo fenomeno non può che esercitare le sue ricadute anche sulle modalità di accertamento dei fatti utilizzate nell'ambito del processo, dove sempre più spesso il senso comune

Thomson/West, St. Paul, Minn, 2006, pp. 302 ss.; C. B. MUELLER - L. C. KIRKPATRICK, *Evidence*, Aspen Law & Business, Gaithersburg - New York, 1999, pp. 687 ss.

¹⁶⁵ Vedi sopra p. 5.

deve cedere il passo a nozioni o metodi configurati dalla scienza. È così che l'apertura delle porte dei tribunali alla scienza ha sollevato nuovi problemi nell'ambito del diritto, problemi la cui analisi e soluzione da tempo attira l'attenzione di studiosi, giudici e legislatori.

In questo contesto, l'esperienza di *common law* americana ed inglese in materia di *scientific evidence* ed *expert witness*, pur essendo legata per molti aspetti alle peculiarità dei sistemi processuali locali, si rivela preziosa agli occhi del giurista italiano. Come è noto, quest'ultimo è assai meno uso, rispetto al collega *common lawyer*, ad affrontare le sfide sollevate dalla prova scientifica. Nel panorama processuale italiano¹⁶⁶, come in generale nei sistemi c.d. di *civil law*¹⁶⁷, il dominio del giudice sul processo e sulle prove, da un lato, e l'assenza di incentivi a finanziare lunghe e complesse battaglie fra esperti, dall'altro lato, hanno fatto sì che il rapporto fra scienza e processo si collocasse, salvo qualche rara eccezione, ai margini del dibattito sulle prove nel processo civile¹⁶⁸. In quest'ottica, la riflessione statunitense ed inglese sulla *scientific evidence* può rappresentare un banco di prova utilissimo al giurista *civilian*, non solo per chiarire alcuni termini della relazione scienza/processo, ma anche, nella nostra specifica prospettiva, per definire i possibili impieghi della prima nell'amministrazione del secondo e meglio valutare costi e benefici dell'uso di risultati scientifici all'interno del giudizio.

¹⁶⁶ Vedi *infra* cap. 4.

¹⁶⁷ Per una panoramica sulle differenze salienti tra i modelli processuali in *civil law* e in *common law* si veda *retro*, cap. 1, par. 1, nota 15.

¹⁶⁸ Altra, e assai più cospicua, l'attenzione prestata all'impiego delle prove scientifiche nel processo penale. Si v., e multis: P. TONINI, *La prova scientifica*, in G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, UTET, Torino, 2009, pp. 85-105; O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 976-998; L. DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.

Sul piano internazionale ci si è occupati della materia prova scientifica sotto il profilo delle testimonianze di esperti (vedi *infra* par. 4), in particolare nei *Principles of Transnational Civil Procedure* dell'ALI e UNIDROIT. Vedi *infra* p. 133.

Qui di seguito si inizierà ad intraprendere lo studio (di alcune) delle numerose questioni che ruotano attorno alla figura dell'*expert witness*, ossia della testimonianza dell'esperto, strumento principe dell'acquisizione della prova scientifica nel processo (par. 3). Si passerà quindi all'analisi delle soluzioni concretamente in opera nel sistema americano, tramite la presentazione dei *leading cases* statunitensi in punto di ammissibilità e valutazione della prova scientifica (par. 4), e degli sviluppi che, a partire dalla c.d. *Daubert Trilogy*, hanno progressivamente definito l'ambito di applicazione di quei canoni (par. 5).

3. Expert witness e valutazione della prova scientifica

Prima di vedere nel dettaglio le soluzioni e le regole operative statunitensi è opportuno soffermarsi su di un elemento ulteriore, il cui rilievo è direttamente funzionale a quello proprio della prova scientifica. Il riferimento è alla testimonianza degli esperti, che costituisce il mezzo principale¹⁶⁹ di ingresso della prova scientifica entro il procedimento. Ne viene che, sovente, il problema dell'ammissibilità della *scientific evidence* si traduce in quello dell'ammissibilità dell'*expert testimony*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Ma non necessariamente l'unico: M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 965.

¹⁷⁰ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 241. Pochi fenomeni hanno inciso ed incidono in maniera così rilevante sull'evoluzione del modello di giustizia di *common law* come le modalità di utilizzazione delle *expert testimonies* quale strumento di accesso della prova scientifica nel processo. Vi è addirittura chi ritiene – come vedremo meglio *infra*, par. 6 – che le problematiche riconducibili a quest'area (e le diverse prospettive di risoluzione) possano comportare un ripensamento radicale della caratterizzazione dei sistemi di *common law* come *adversary system of litigation*: si veda A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *RTDPC*, 2001, p. 1133.

L'istituto della testimonianza esperta non è di nascita recente. Già nel XVII secolo, il giudice Saunders esprimeva l'approvazione per la prontezza del diritto di accettare la guida di esperti qualificati: *"if matters arise in our law which concern other sciences or faculties we commonly apply for the aid of that science or faculty which it concerns. Which is honourable and commendable thing in our law. For thereby it appears that we do not despise all other sciences but our own, but we approve of them and encourage them as things worthy of commendation"*¹⁷¹. Nel *common law* una risalente regola sancisce l'ammissibilità, su una materia che richiede speciali competenze, di una prova basata sulla testimonianza di soggetti che abbiano acquisito, per studio o pratica, le conoscenze rilevanti. È tuttavia solo nel XVIII secolo, in concomitanza con l'evoluzione scientifica e tecnologica segnata dalla prima rivoluzione industriale, che gli *expert witnesses* hanno iniziato a rivestire il ruolo fondamentale ed indispensabile che essi svolgono ancora oggi¹⁷². Uno dei celebri precedenti in materia, *Folkes v. Chadd*¹⁷³, risale al 1782, quando il King's Bench affrontò per la prima volta con nettezza il problema dell'ammissibilità e utilizzo dell'*expert witness*. In tale frangente la corte permise a Mr. Smeaton, un famoso ingegnere, di testimoniare sulle cause scatenanti l'insabbiamento di un porto, fornendo il suo personale parere sulle origini del fenomeno. In tale sede Lord Mansfield ne sostenne l'audizione evidenziando come *"Mr Smeaton understands the construction of harbours, the causes of their destruction, and how remedied. In matters of science no other witnesses can be called"*¹⁷⁴.

Si badi però: se è vero che l'esperto è assimilato ad un testimone, è altresì indubbio che sussistono fondamentali differenze che distinguono i criteri di

¹⁷¹ *Buckley v. Rice*, (1554), Plowd 118, 124: in C. TAPPER, *On Evidence*, Butterworths, London, 1999, 9th ed., p. 555.

¹⁷² C. TAPPER, *On Evidence*, cit., p. 521.

¹⁷³ *Folkes v. Chadd* (1782) 3 Doug KB 157.

¹⁷⁴ *Folkes v. Chadd* (1782) 3 Doug KB 159.

ammissione in giudizio delle figure, rispettivamente, del *lay* e dell'*expert witness*¹⁷⁵. Per quanto riguarda le prime, infatti, è regola generale in *common law* che i testimoni possono offrire prova solo dei fatti di cui hanno personale conoscenza. Tale assunto rappresenta sia il fondamento della c.d. *hearsay rule*¹⁷⁶ (ossia del canone per cui i *lay witnesses* possono testimoniare solo su ciò che hanno personalmente fatto, detto, sentito), sia dell'altro principio generale che proibisce ai testimoni di esprimere le loro opinioni su quanto successo (o quanto avrebbe potuto succedere) con riferimento ai fatti oggetto di causa¹⁷⁷. Il fatto che il *lay witness* non possa esprimere opinioni si giustifica in base a tre ordini di motivi: *in primis* poiché la corte possiede tutti gli strumenti per trarre inferenze dai fatti; secondariamente poiché le opinioni dei testimoni rischierebbero di sollevare questioni collaterali che potrebbero portare a ritardi inutili; infine - e soprattutto - poiché l'opinione dei testimoni laici potrebbe risultare più convincente per la giuria delle istruzioni impartite dall'organo giudicante¹⁷⁸.

¹⁷⁵ D. H. KAYE ET ALII, *The new Wigmore - A treatise in Evidence*, cit., p. 39-40; B. D. SALES, D. W. SHUMAN, *Expert in Court - Reconciling Law, Science, and Professional Knowledge*, American Psychological Association Washington, DC, 2005, pp. 4-5.

¹⁷⁶ Per una definizione di questa regola, così come intesa nel processo statunitense, si veda G. MICHAEL FENNER, *The Hearsay Rule*, Carolina Academic Press, Durham, N.C., 2009, 2nd ed., pp. 4 ss.

¹⁷⁷ Per gli Stati Uniti, A. MOENSSENS ET ALII, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Foundation Press - Thomson/West, New York - St. Paul, Minn, 2007, p. 6; B. D. SALES & D. W. SCHUMAN, *Experts in court: reconciling law, science, and professional knowledge*, American Psychological Association, Washington, DC, 2005, p. 4; C. B. MUELLER, L. C. KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., pp. 687 ss.; quanto al *common law* inglese L. BLOM-COOPER, *Experts and assessors: past, present and future*, in C.J.Q. 21, 2002, (OCT), p. 341.

¹⁷⁸ I. H. DENNIS, *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2002, 2nd ed., p. 699.

Nel caso dell'*expert witness*, invece, è inevitabile, ed anzi incoraggiato, che l'esperto fornisca alla corte la sua opinione, poiché è proprio a quel fine che egli è chiamato a partecipare al processo¹⁷⁹.

Il fatto che l'esperto venga a (quasi) tutti gli effetti considerato come un testimone è poi uno degli aspetti che, riguardo alla prova scientifica, maggiormente diversifica i sistemi *civilian* da quello di *common law*¹⁸⁰. In questi ultimi gli esperti sono (pagati¹⁸¹ e) individuati dalle parti che li portano in giudizio come fonte di conoscenza dei dati scientifici che le parti stesse ritengono utili per la decisione. È allora naturale che ogni parte scelga l'esperto disposto a testimoniare in suo favore, e altrettanto naturalmente costui tenderà ad orientare la testimonianza in senso favorevole alla "sua" parte ed in senso contrario a quella avversaria¹⁸². Nessuno perciò si stupisce

¹⁷⁹ Negli USA, si v. C. B. MUELLER, L. C. KIRKPATRICK, *Evidence*, cit., pp. 697 ss; D. SALES & D. W. SCHUMAN, *Experts in court: reconciling law, science, and professional knowledge*, American Psychological Association, Washington, DC, 2005, p. 5; A. MOENSSENS ET ALII, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Foundation Press - Thomson/West, New York - St. Paul, Minn, 2007, pp. 6 ss. In Inghilterra I. H. DENNIS, *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2002, 2nd ed., p. 699. "An expert's opinion is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or a jury can form their own conclusions, without help, then the opinion of an expert is unnecessary": così il giudice Lawton LJ in *R. v. Turner* [1975] QB 834 (CA).

¹⁸⁰ M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, Il mulino, Bologna, 1991, pp. 173 ss.

¹⁸¹ "There is a great deal of skepticism about expert evidence. It is well known that expert witnesses are often paid very handsome fees, and common sense suggests that financial stake can influence an expert's testimony, especially when it is technical and esoteric and hence difficult to refute in terms intelligible to judges and jurors. More policing of expert witnessing is required, not less": *Austin v. American Ass'n of Neurological Surgeons*, 253 F.3d 967 (7th Cir. 2001) cert. denied 534 U.S. 1078 (2002). Di norma gli esperti sono pagati con tariffa oraria; il *Model Code of Professional Responsibility* dell'ABA (Rule 3.4) proibisce accordi di pagamento sulla base di *contingent fee* nei confronti di qualsiasi testimone, inclusi i testimoni esperti. Sul tema S. LUBET, *Expert Witnesses: Ethics and Professionalism*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 12, Spring 1999, p. 477; C. T. ROBERTSON, *Blind Expertise*, in *N.Y.U.L. Rev*, 85, April 2010, p. 188.

¹⁸² Eloquentemente su tale punto la seguente affermazione di un *expert* in *Ladner v. Higgins*, 71 So.2d 242, 244 (La. Ct. App. 1954), con la quale il testimone chiarì come la sua testimonianza fosse calibrata sugli interessi della parte che l'aveva assoldato: "Is that your conclusion that this man is a

se l'*expert witness*, essendo istituzionalmente *partisan*, non fornisce conoscenze oggettive formulate in modo imparziale¹⁸³. È poi rimesso a (l'abilità degli avvocati nel condurre) la *cross examination* e lo scontro dialettico fra gli esperti il compito di far emergere quali conoscenze sono attendibili e quali no¹⁸⁴.

Il diverso grado di percezione del rischio che i poteri discrezionali di iniziativa probatoria minaccino i caratteri *adversary* del processo civile separa sempre più nettamente l'approccio statunitense da quello inglese. A fronte del potere del giudice inglese, concesso dalle *Civil Procedure Rules*¹⁸⁵, di nominare egli stesso un *independent expert*¹⁸⁶, il giudice statunitense non si ingerisce nella nomina degli esperti, che è monopolio delle parti.

Certo, anche il sistema statunitense conosce dei temperamenti all'assoluto potere delle parti sulla gestione delle testimonianze esperte: è il caso della possibilità riconosciuta al giudice dalla Rule 706 delle *Federal Rules of Evidence* di nominare d'ufficio esperti nella materia oggetto della controversia¹⁸⁷. Al riguardo, vi è però da dire che la nomina giudiziale degli esperti non solo è

malingerer?" Dr. Unsworth responded: "I wouldn't be testifying if I didn't think so, unless I was on the other side, then it would be a post traumatic condition".

¹⁸³ "The law allows him to give "evidence" of opinion, but unless we say that in doing so he gives evidence of his state of mind, which has been famously said to be as much as a matter of fact as the state of his digestion, an expression of opinion is not evidence; if it is anything, it is argument, and where opposing "witnesses" are called by the parties, partisan argument at that": J.A. JOLOWICZ, *A note on experts*, in *C.J.Q.*, 2004, OCT., pp. 408-410.

¹⁸⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., pp. 43 ss. e pp. 216-217; J. W. STRONG, *McCormick On Evidence*, vol I, West Publishing Co., St Paul, 1992, pp. 78 ss.

¹⁸⁵ Vedi infra, cap. 3, par 3.

¹⁸⁶ Vedi infra, cap. 3, par. 3.

¹⁸⁷ Le *Federal Rules of Evidence*, ossia le norme in materia di prova applicabili nei procedimenti penali e civili davanti alle Corti Federali, sono in vigore dal 1975, su cui infra par. 5. Sul punto, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 215; M. GRAHAM, *Federal Rules of Evidence in a nutshell*, Thomson/West, St. Paul (Minn.), 2003, p. 363; M. M MARTIN, D. J. CAPRA, *Federal Rules of Evidence Manual*, LexisNexis, Newark (N.J.), 2002, p. 706; S. R. GROSS, *Expert Witness*, in *Wis. L. Rev.*, 1991, pp. 1190 ss.

istituto di rara applicazione, ma ha pure incontrato numerose censure da parte della dottrina¹⁸⁸. Gli studiosi sottolineano soprattutto il conflitto esistente tra i *court-appointed experts* ed i principi dell'*adversary system*, in quanto i *court-appointed experts* introdurrebbero nel giudizio conoscenze sottratte alle parti, ponendosi quindi in rotta di collisione colla natura *adversarial* del processo¹⁸⁹. Detto altrimenti, la preoccupazione concerne lo stravolgimento del riparto tra giudici e avvocati dei poteri di controllo sull'andamento del processo - preoccupazione basata sulla diffusa convinzione che debbano essere i secondi a prevalere sui primi e che perciò sia essenziale lasciare nelle mani delle parti anche questo aspetto del procedimento¹⁹⁰. Piuttosto, per assicurare l'acquisizione di una valida *scientific evidence*, minata dalle deposizioni non neutrali dei *partisan experts*, la dottrina americana suggerisce un uso più pregnante del potere di controllo da parte del giudice nella fase preliminare e nel dibattimento, al fine di rendere le conoscenze dell'esperto attendibili, non condizionanti la giuria e finalizzate ad un corretto apprezzamento dei fatti¹⁹¹.

Questi i tratti essenziali che coinvolgono gli istituti salienti del processo di *common law* e la particolare figura dell'*expert witness* quale mezzo "*partisan*" di introduzione in giudizio del sapere scientifico. Si tratta ora di vedere come

¹⁸⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, p. 215; M. GRAHAM, *op. cit.*, p. 364; M. M MARTIN, D. J. CAPRA, *op. cit.*, p. 706.

¹⁸⁹ P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991, p. 206. La riluttanza ad accettare, nel contesto americano, la figura dei *court-appointed experts* si spiega pure col desiderio degli avvocati di mantenere il monopolio sull'impiego degli *expert witnesses*. "Most trial lawyers vehemently oppose court-appointed experts, perceiving (correctly, no doubt) that consensus cannot be good for a conflict-centered livelihood. Lawyers will therefore assure you that there is no such thing as a neutral expert": P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991, p. 206; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 244.

¹⁹⁰ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 244.

¹⁹¹ R. J. ALLEN - J. S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in *Northw. Un. L. Rev.* 87, 1993, pp. 1131 ss.

detti tratti abbiano influito sul (e siano di rimando stati influenzati dal) modo in cui la prova scientifica è stata definita, sviluppata e governata da parte della giurisprudenza americana.

4. Il caso Frye

Negli Stati Uniti i criteri di accesso della prova scientifica nel processo sono stati precisati da una serie di pronunce giurisprudenziali, che hanno trovato la propria sintesi più efficace nella sentenza resa nel 1993 dalla Corte Suprema in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*¹⁹², nonché nelle successive decisioni, della medesima corte, *General Electric Co. v. Joiner*¹⁹³ e *Kumho Tire Company Ltd. v. Carmichael*¹⁹⁴. I tre casi sono conosciuti nel dibattito come la c.d. *Daubert Trilogy*¹⁹⁵.

Al lettore può apparire curioso che la Corte Suprema sia stata chiamata a pronunciarsi sul tema della scienza nel processo solo negli anni '90 del secolo scorso, a tre secoli dalla prima rivoluzione industriale. Occorre considerare come, a partire dagli anni Ottanta del secolo XX, vi fosse stata negli Stati Uniti una crescita esponenziale (tanto del ricorso al DNA quale mezzo di prova, nel processo civile e penale, quanto) della *tort litigation* relativamente agli *asbestos cases* (azioni di risarcimento per i danni da malattie - spesso di natura cancerosa - derivanti dall'esposizione all'amianto) ed a casi di *products liability*, come quelli coinvolgenti l'Agent Orange (defoliante utilizzato durante la guerra del Vietnam, supposto agente scatenante di malattie di

¹⁹² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁹³ *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

¹⁹⁴ *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁹⁵ M. A. BERGER, *The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony*, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Justice Center, 2d ed. 2000, pp. 9 ss.

natura cancerosa) ed il farmaco Bendectin (sostanza anti-nausea, la quale produceva malformazioni nei feti esposti ad essa durante la gravidanza). Si tratta di casi i quali ponevano tutti problemi scientifici complessi riguardanti la prova del nesso di causalità tra l'agente cancerogeno e la malattia. Fu proprio il contenzioso riguardo al Bendectin ad obbligare i giudici a trattare concetti quali analisi epidemiologiche e dati statistici, onde valutare il nesso di casualità tra l'assunzione del farmaco e l'insorgere delle patologie¹⁹⁶.

Non si può comprendere appieno il significato rivoluzionario di queste decisioni senza considerare i precedenti, di fonte statale e federale¹⁹⁷, che hanno tracciato il solco della materia preparandola all'avvento della triade in questione.

In questa prospettiva, il primo richiamo va a *Frye v. United States*¹⁹⁸, decisione del 1923 resa dalla *Court of Appeals of District of Columbia*, e di per sé relativa alla giurisdizione penale¹⁹⁹. All'epoca della decisione *Frye* non era stata emanata alcuna disposizione legislativa in merito alle prove. Pertanto l'unica

¹⁹⁶ D.L. FAIGMAN, *The tipping point in the Law's use of science: the epidemic of scientific sophistication that began with DNA profiling and toxic torts*, in *Brooklyn L. Rev.* 67, 2001, pp. 116 ss.

¹⁹⁷ Vale la pena ricordare come negli Stati Uniti le Corti federali hanno giurisdizione anche nelle cause cc.dd. di *diversity*, ossia nei casi (di cui all'art. III della Costituzione) nei quali la controversia sorga tra cittadini appartenenti a stati diversi dell'Unione. *E multis*, V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale - testi e materiali per un confronto tra civil law e common law*, cit., 332 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 110 ss.; F. JAMES JR., G. C. HAZARD JR., J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, Little Brown and Company, New York, 2001, pp. 49 ss.

¹⁹⁸ *Frye v. United States*, 293 F. (D.C. Cir.) 1923, 1013.

¹⁹⁹ La decisione in *Frye* è stata considerata un precedente vincolante nei soli procedimenti penali (fatta eccezione per alcuni casi civili di riconoscimento della paternità) sino al 1984. In quell'anno, la pronuncia *Barrel of Fun, Inc. v. State Farm Fire & Casualty Co.*, 739 F.2d 1028 (5th Cir. 1984) (riguardante una domanda di risarcimento dei danni psicologici sofferti dal proprietario di un immobile, a seguito del rogo dell'immobile stesso) sdoganò l'applicazione del principio enunciato da *Frye* anche in materia civile, posto che la corte non ammise una testimonianza esperta fondata su di una *psychological stress evaluation* (PSE) applicando proprio il criterio della *general acceptance* utilizzato in *Frye* riguardo la macchina della verità: A. MOENSSENS ET ALII, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Foundation Press - Thomson/West, New York - St. Paul, Minn, 2007, p. 8; P.C. GIANNELLI, *Daubert: interpreting the Federal Rules of Evidence*, in *Cardozo L. Rev.* 15, 1994, p. 2008.

fonte rilevante era costituita dai principi di *common law*, i quali richiedevano soltanto, per l'ammissione della testimonianza, che l'esperto fosse qualificato dalla corte, appunto, come esperto²⁰⁰.

Qui, di fronte ad un caso di omicidio, l'imputato aveva chiesto che fossero ammessi, come prove a suo favore, i risultati di uno strumento antesignano della macchina della verità, funzionante attraverso la rilevazione della pressione sanguigna. Questo test (c.d. *deception test*) si basava sull'assunto che la pressione sanguigna, in caso di semplice stress durante l'effettuazione dell'esperimento, avrebbe presentato un picco nella fase iniziale della prova e sarebbe diminuito nel corso dell'esame; viceversa, nell'ipotesi di false dichiarazioni, la pressione sarebbe aumentata solamente al termine della rilevazione.

Ora, di fronte a tale richiesta, i giudici ritennero che la prova scientifica potesse essere ammessa solo là dove essa fosse "*sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs*", ossia qualora essa fosse diffusamente accettata dalla comunità scientifica di rilievo nel settore in questione. Al fine di verificare la sussistenza di questo requisito, secondo la Corte, sarebbe stato necessario vagliare la prova tramite il c.d. *general acceptance test*, che si sarebbe dovuto svolgere in due momenti: il primo, teso ad individuare il campo scientifico in cui i principi richiamati ricadevano, il secondo, mirante a stabilire se tali principi fossero

²⁰⁰ Sebbene la decisione risalga al 1923, essa iniziò ad essere citata da altre sentenze e nelle riviste giuridiche per i requisiti dell'ammissibilità della prova scientifica nei processi civili solo negli anni Settanta, quando iniziarono i lavori preparatori delle *Federal Rules of Evidence*. D. FAIGMAN ET ALII, *Modern Scientific evidence: the law and science of expert testimony*, cit., pp. 5 ss.; D. FAIGMAN ET ALII, *Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence*, in *Cardozo L. Rev.*, 15, April 1994, p. 1804; A.S. OSBORN, *Reasons and Reasoning in Expert Testimony*, in *Law & Contemp. Probs.*, Oct. 1935, p. 488.

effettivamente accettati in quel determinato campo²⁰¹. È alla luce di siffatta analisi che la domanda avanzata dall'imputato venne respinta – e confermata la sua condanna per omicidio, già pronunciata in primo grado –, in quanto, a detta della Corte, il *deception test* non aveva ancora ottenuto il necessario riconoscimento da parte delle autorità scientifiche rilevanti nella materia. La soluzione prospettata in *Frye*, insomma, consentiva ai giudici di non affrontare direttamente il problema della validità scientifica della prova, ma di rimetterne piuttosto la soluzione alle opinioni preponderanti in ambito scientifico²⁰².

Il principio così stabilito andò immediatamente incontro a numerose critiche²⁰³. Si sottolineò ad esempio come il criterio espresso da *Frye* non identificasse con sufficiente chiarezza la “comunità scientifica” cui occorreva far riferimento, e come questa mancanza si rivelasse particolarmente grave nelle occasioni in cui la questione da dirimere si collocasse trasversalmente rispetto a più materie²⁰⁴. Altri evidenziarono come non fosse agevole capire, nel test elaborato da *Frye*, cosa dovesse intendersi per “generalmente accolto”, potendo la locuzione riferirsi a precedenti giurisprudenziali, a pubblicazioni scientifiche, oppure all'opinione di esperti preparati e dotati di elevate credenziali²⁰⁵. Ancora, non mancò chi, pur ritenendo il criterio *Frye*

²⁰¹ L. MORSEK, *Scientific and Non-Scientific Expert Evidence: Kumho's Expansion of Daubert*, in *Akron L. Rev.* 34, 2001, p. 697.

²⁰² M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 233.

²⁰³ Per un panorama del dibattito post *Frye* si veda D. FAIGMAN ET ALII, *Modern Scientific evidence: the law and science of expert testimony*, cit., pp. 13 ss.; P. C. GIANNELLI, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half and a Century Later*, in *Colum. L. Rev.* 80, 1980, pp. 1197 ss.

²⁰⁴ “At the threshold of determining whether the technique meets the test of acceptance in the scientific community, is the question of defining that community”: *People v. Collins*, 405 N.Y.S.2d 365, 368 (N.Y. Sup. Ct. 1978); *U.S. v. Williams*, 583 F.2d 1194, 1998, 3 Fed. R. Evid. Serv. 1063 (2d Cir. 1978); in dottrina B. BLACK, *A Unified Theory of Scientific Evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.*, 1988, pp. 627 ss.

²⁰⁵ “The relevant inquiry, however, is acceptance by scientists, not by the courts or legal commentators”: *State v. Jones*, 922 P.2d 806, 809 (Wash. 1996).

un filtro idoneo a disciplinare efficientemente l'accesso della prova scientifica nel processo, ne additò il rischio di applicazioni eccessivamente elastiche. In effetti accadeva frequentemente che le corti, in sede di analisi della prova, dessero maggior rilievo alla fase della rilevanza che a quella - giudicata temporalmente secondaria - dell'affidabilità. È tuttavia chiaro che una teoria scientifica, pur se di dubbio valore, può essere rilevante per la definizione del caso (poiché collegata all'oggetto della controversia, e ciò) anche se i suoi risultati non presentano alcun grado di affidabilità²⁰⁶. Altri, invece,²⁰⁷ definirono il canone in questione eccessivamente restrittivo e conservatore, nella misura in cui esso portava ad escludere prove scientifiche fondate su metodi e principi in potenza validi ma ancora non "generalmente accettati" poiché di recente invenzione o di ispirazione originale. Del resto, la giurisprudenza stessa aveva espresso perplessità nell'individuare i campi scientifici all'interno dei quali applicare il test: *"despite [the Frye test's] apparent simplicity, distinguishing "scientific" evidence from other areas of expert testimony is a difficult determination in many instances. The instant case illustrates this difficulty of classifying evidence as scientific or non-scientific. The defendant says the study of blood flight characteristics is itself a science. The witness, on the other hand, testified it was based primarily upon physics and mathematics, which impart accuracy and predictability to the study"*²⁰⁸.

Vero è che tutte queste obiezioni non valsero ad impedire che la sentenza divenisse un punto di riferimento per le corti americane²⁰⁹. Altrettanto vero, però, è che i precipitati operativi di questa decisione continuarono ad essere

²⁰⁶ R. RABIN, *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, in *Danno e responsabilità*, 2004 fasc. 4, p. 370.

²⁰⁷ L. MORSEK, *Scientific and Non-Scientific Expert Evidence: Kumho's Expansion of Daubert*, in *Akron L. Rev.* 34, 2001, p. 697.

²⁰⁸ *State v. Hall*, 297 N.W. 2d 80, 85 (Iowa 1980).

²⁰⁹ M. L. C. FELDMAN, *May I have the next dance, Mrs. Frye?*, in *Tul. L. Rev.*, 69, 1995, pp. 793 ss. Si veda tuttavia le precisazioni offerte retro, nota 199 (in fine) e 200.

vivamente discussi, in giurisprudenza come in dottrina, per decenni²¹⁰, pure dopo l'intervento del legislatore federale in materia, nel 1975, con le *Federal Rules of Evidence (FRE)*, poi ulteriormente modificate nel 2000.

Che l'entrata in scena del legislatore non abbia attenuato le punte del dibattito, del resto, è dato poco sorprendente. Nel regolare l'istituto della *expert testimony*, le *Federal Rules of Evidence* - ed in particolare la *Rule 702*, dedicata specificamente alla testimonianza esperta - non fecero difatti alcun cenno al test della *general acceptance*, e, come criterio per l'ammissione della *expert testimony* nel processo, si limitarono a chiedere che l'esperto fosse un professionista "*expert by knowledge, skill, experience, training, or education*"²¹¹. Così, in luogo di risolvere i problemi interpretativi legati ai canoni dettati in *Frye*, tali linee guida ebbero l'effetto di generare nuovi quesiti, *in primis* quello riguardo all'impiego delle nuove regole come integrative o sostitutive dello *standard* del caso *Frye*²¹².

5. Il test della 'scientificità' nella c.d. Daubert Trilogy

Il dubbio circa la recezione o meno da parte della *Rule 702* del test della *general acceptance* venne sciolto nel 1993 dalla U.S. *Supreme Court* nel già

²¹⁰ C. MC CORMICK, *On Evidence*, West, St. Paul, Minn, 1972, 2nd ed., pp. 490 ss; RONALD N. BOYCE, *Judicial Recognition of Scientific Evidence in Criminal Cases*, in *Utah L. Bv.* 8, 1964, p. 341.

²¹¹ Vedi sopra nota 187. La *Rule 702* all'epoca così recitava: "*If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise*". Questa norma è stata modificata nel 2000, proprio in recepimento delle tesi delle sentenze della *Daubert Trilogy*. Vedi *infra* par. 5.3.

²¹² Per una sintesi delle varie posizioni sostenute in giurisprudenza successivamente all'adozione delle *FRE*, M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 2.

richiamato caso *Daubert*²¹³, una decisione di importanza fondamentale nell'ambito del diritto delle prove americano. Non si tratta solo di ricordare come la Corte Suprema, che di regola non conosce più di un'ottantina di casi l'anno (la maggior parte dei quali involgono questioni costituzionali, interpretazione di norme federali o revisioni di decisioni amministrative²¹⁴), abbia ciò nonostante scelto di occuparsi, in *Daubert*, del tema dell'*expert testimony*. Occorre pure sottolineare come, nel momento in cui la Corte si pronunciò su *Daubert*, fosse in corso un'accesa discussione sulla *litigation* in materia di *toxic torts* e *product liability, litigation* che conosceva in quegli anni una grande espansione²¹⁵. In tali settori, chi simpatizzava con la posizione delle vittime difendeva l'uso che queste ultime tentavano di fare delle testimonianze esperte, al fine di provare che quanto prodotto dal convenuto era stata l'effettiva causa dei danni lamentati in giudizio²¹⁶. Dall'altro lato, chi sosteneva la posizione dei produttori bollava quelle testimonianze come *junk science*, ovvero come scienza-spazzatura, vedendo in esse unicamente uno strumento volto a sfruttare risultati pseudo-scientifici per confondere giuria e giudici e convincerli ad accogliere domande infondate e/o pretestuose, il cui

²¹³ *Daubert* in realtà risolve un caso di interpretazione delle regole federali e, come precedente, è vincolante solo per le corti federali. Tuttavia anche molte corti statali, pur non essendo a ciò vincolate, hanno da allora applicato *Daubert* al fine della valutazione dell'ammissibilità della prova scientifica, v. anche infra, nota 277. Sul punto, RABIN R., *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, cit., pp. 370-372. Sull'influenza di *Daubert* nelle giurisdizioni statali si veda pure J. SANDERS, *Daubert, Frye, and the States: thoughts on the choice of a standard*, in *The whole truth? Experts, evidence, and the blindfolding of the jury*, Report of the 2006 Forum for State Appellate Court Judges, Pound Civil Justice Institute, Washington D.C., 2007, pp. 5-27 e N. WATERS, *Standing guard at the jury's gate: Daubert's impact on the state courts*, ibid.

²¹⁴ M. A. BERGER, *What has a decade of Daubert wrought?*, in *American Journal of Public Health* 95, S1, July 2005, p. 59.

²¹⁵ Vedi sopra p. 62.

²¹⁶ W. LUNEBURG, NORDENBERG, *Specially Qualified Juries and Expert?*, cit., p. 59.

vertiginoso aumento rischiava - sempre a detta dei medesimi autori - di portare al collasso del sistema²¹⁷.

L'azione esercitata in *Daubert* riguardava proprio un *toxic tort*, e si inseriva entro la serie dei cc.dd. *Bendectin cases* contro la casa farmaceutica Merrell Dow²¹⁸. La tesi attorea sosteneva che un farmaco prodotto da questa azienda, il Bendectin appunto, provocasse, se ingerito durante la gravidanza, malformazioni agli arti nei feti esposti al suo effetto. In *Daubert*, gli attori, genitori di due bambini nati affetti da malformazioni, avevano intrapreso il giudizio sia in nome proprio che per conto dei figli davanti una corte dello Stato della California (giudizio poi rimesso ad una corte federale, su richiesta dei convenuti, sulla base della *diversity*²¹⁹), sostenendo che i difetti congeniti dei neonati dovevano farsi derivare dall'assunzione in utero, da parte delle madri, del farmaco anti-nausea Bendectin.

Come è facile immaginare, uno dei problemi più spinosi sollevati da tale vicenda concerneva la prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra l'assunzione del farmaco, prescritto nei primi mesi di gravidanza, e le malformazioni riscontrate nei bambini - prova che non poteva ottenersi se non attraverso l'ausilio di esperti in materia. La decisione della *District Court*, poi confermata in sede d'appello, aveva concesso il *summary judgment*²²⁰ alla

²¹⁷ P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991, pp. 206 ss.

²¹⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

²¹⁹ Vedi sopra nota 197.

²²⁰ Il *summary judgement* è una procedura disciplinata della Rule 56 delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Tale procedura proponibile entro 30 giorni dal termine della fase di *discovery*, è un'istanza con cui una parte chiede un giudizio immediato. I requisiti per ottenere tale provvedimento prevedono che i fatti di causa non siano controversi ovvero che i fatti posti a fondamento della tesi dell'avversario siano inesistenti o non provati. In buona sostanza, la parte chiede al giudice di valutare il materiale probatorio presentato dalla controparte per verificarne l'insufficienza e/o l'inammissibilità e rigettare quindi la domanda. La corte può o ammettere in giudizio la prova presentata dalla controparte, o dichiararne l'invalidità, decretando così l'impossibilità, per la parte che si vede rigettare la prova offerta, di arrivare al trial e comparire

convenuta Merrell Dow, ritenendo che le testimonianze esperte presentate dagli attori fossero basate su metodi che non rispettavano il criterio della *general acceptance* elaborato in Frye e che, pertanto, il nesso di causalità tra il Bendectin e le malformazioni non fosse stato adeguatamente provato.

Ciò che finì coll'essere in discussione davanti alla Corte Suprema fu proprio l'ammissibilità della richiesta degli attori di portare in giudizio le testimonianze di otto esperti, i quali, sulla base di studi di laboratorio su animali e di analisi della struttura chimica del farmaco, ritenevano di poter dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità tra l'assunzione del farmaco e le malformazioni.

Per capire le circostanze dalle quali sorgeva il problema, è bene dedicare qualche riga alle dinamiche che portarono le due corti federali ad escludere le testimonianze esperte. I ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare, oltre all'idoneità del farmaco a produrre malformazioni, anche il fatto che, nel loro caso, le malformazioni erano state provocate dall'uso di tale medicinale. Essi, in sostanza, avrebbero dovuto provare almeno la c.d. causalità generica, e cioè che, con una probabilità maggiore del 50%, un caso generico di malformazione alla nascita di feti nati da donne che avevano assunto il Bendectin fosse ascrivibile all'uso del prodotto stesso - prova che però, nella specie, non si ritenne raggiunta. Infatti, le testimonianze esperte presentate furono escluse dal giudizio principalmente per due motivi. In primo luogo, buona parte delle argomentazioni degli esperti era tratta da dati ricavati da studi su animali in laboratorio. La validità di questi studi non è mai stata ritenuta estensibile all'uomo, soprattutto a causa dell'altissima somministrazione di farmaco sugli animali e delle modalità invasive

davanti alla giuria. F. JAMES JR., G. C. HAZARD JR., J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, Little Brown and Company, New York, 2001, pp. 206-220; L. L. TEPLY, R. U. WHITTEN, *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 2009, Fourth ed., p. 944.

utilizzate in laboratorio, rispetto alle basse dosi e alla normale modalità di assunzione negli individui umani. Inoltre, gli esperti tentarono di affermare che la prova della causalità generale poteva farsi provenire da alcuni studi epidemiologici, i quali tuttavia non erano in grado di spiegare come mai, nei periodi in cui l'assunzione del farmaco era stata più ridotta, le percentuali di malformazioni non erano calate²²¹.

La *District Court* stabilì pertanto che una "*expert opinion not based on facts or data 'of a type reasonably relied upon by experts in the particular field' is not helpful, but instead is confusing or misleading and should therefore be excluded*"²²². Di conseguenza venne concesso (e poi confermato dalla *Ninth Circuit Court*) il *summary judgement* richiesto dalla convenuta Merrel Dow, poiché, a detta della Corte, attraverso le testimonianze degli esperti "*plaintiffs could not satisfy their burden of proving causation at trial*"²²³.

Per la risoluzione del quesito, la Supreme Court dovette interpretare il rapporto fra le regole federali sull'ammissione delle prove, in particolare la summenzionata *Rule 702*, relativa alla testimonianza del perito ed il *leading case Frye*. Come abbiamo ricordato, in seguito all'emanazione delle *FRE* non era chiaro se la *Rule 702* avesse inteso, oppure no, superare il vecchio *standard* di ammissibilità stabilito nel caso *Frye*. Secondo una prima corrente interpretativa, le *FRE* avrebbero in sostanza stabilito come sufficiente - rispetto all'introduzione in giudizio della testimonianza esperta - la sola valutazione, da parte del giudice, della professionalità dell'esperto interessato. Nella seconda prospettiva, invece, le regole federali non avrebbero escluso la necessità, affermata in *Frye*, di effettuare, oltre che

²²¹ Per una ricostruzione più dettagliata dei passaggi salienti della vicenda, B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 42-44.

²²² *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 727 F. Supp. 570, 1989.

²²³ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 951 F.2d 1128 (9th Cir. 1991), 1131.

l'esame della professionalità dell'esperto, anche il test della *general acceptance* dei canoni scientifici da costui applicati. In altre parole, il punto cruciale nel caso *Daubert* era di stabilire se le regole federali sull'ammissione delle prove dovessero essere interpretate nel senso più favorevole all'attore (ritenendo che le *FRE* avessero scalzato il test di *Frye*, e aperto una più agevole strada all'utilizzabilità della testimonianza esperta) o viceversa ai convenuti (e quindi leggendo le *FRE* alla luce del restrittivo criterio enunciato in *Frye*).

Di fronte ad una simile alternativa, la Corte ritenne che fossero le *Federal Rules of Evidence* - in particolare la *Rule 702* -, e non il *Frye test*, a fornire lo *standard* per l'ammissione dell'*expert scientific testimony* nel processo²²⁴. La Corte sottolineò il ruolo 'di guida' svolto dal *common law* nell'interpretazione di tutte le *Rules*, ma aggiunse pure che, quando una *Rule* tratta specificamente una questione in maniera contrastante con il *common law*, è quest'ultimo che s'intende superato²²⁵. Inoltre, la Corte ribadì come le *FRE* fossero volte a rilassare le barriere d'accesso alle *expert testimonies*, scopo che non sarebbe stato raggiungibile applicando il *Frye test*²²⁶.

Una volta stabilito questo punto, la Corte andò oltre, scrivendo alcune delle pagine chiave nella disciplina della prova scientifica. La Corte precisò innanzitutto che il giudice, di fronte ad una *expert scientific testimony* ai sensi della *Rule 702*, deve assumere la veste di *gatekeeper*²²⁷ del processo, e deve perciò valutare se la metodologia oggetto della testimonianza esperta sia scientificamente valida, nonché affidabile, con riguardo ai fatti di causa ("not

²²⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S., 588.

²²⁵ Con riguardo alla sterminata letteratura sulla questione dei rapporti tra *common law* e legislazione si veda almeno U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 102 ss.; U. MATTEI, *Common Law - Il diritto anglo americano*, cit., pp. 249-258.

²²⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S., 585.

²²⁷ R. RABIN, *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, cit., pp. 370-372.

only relevant, but reliable”). Più in dettaglio, dalle parole del giudice Blackmun - che redasse la *majority opinion*²²⁸ - si evince che, per soddisfare il requisito della *reliability*, l'esperto deve aver tratto le proprie conclusioni a mezzo di una metodologia scientifica appropriata²²⁹.

Ai fini del giudizio circa la scientificità del metodo applicato dall'esperto, la Corte propose di considerare i seguenti criteri (noti nel prosieguo del dibattito come i *Daubert factors*): “(1) *whether the theory or technique [...] has been tested*; (2) *whether it has been subjected to peer review or publication*; (3) *its known or potential error of rate [...]*; and (4) *whether it has attracted widespread acceptance within a relevant scientific community*”²³⁰. In sostanza, si richiedeva al giudice di valutare la controllabilità e la falsificabilità della teoria o della tecnica alla base della prova (*testability*), la percentuale di errore - noto o potenziale - rispetto agli standard relativi alla tecnica impiegata (*rate of error*), la circostanza che la teoria o la tecnica in questione fossero state oggetto di pubblicazioni scientifiche - e quindi vagliate da parte di esperti - (*peer preview*) ed in ultimo il consenso generale della comunità scientifica di riferimento. Infine, per quanto riguarda il requisito della *relevancy*, la Corte non mancò di sottolineare come la *scientific evidence* potesse essere ammessa solo quando essa appariva direttamente utile e rilevante per stabilire i fatti specifici del caso, ovvero, secondo il lessico impiegato dalla stessa Corte, quando essa fosse particolarmente “*fit*”²³¹. Pertanto, anche nel caso in cui la

²²⁸ CH. J. Rehnquist e J. Stevens dissentirono in parte dalla *majority opinion*, sostenendo che la Supreme Court avrebbe dovuto lasciare lo sviluppo della materia ai futuri casi che si sarebbero presentati: *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S., 598.

²²⁹ M. A. BERGER, *What has a decade of Daubert wrought?*, cit., p. 60.

²³⁰ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S., 592.

²³¹ Sul concetto di “*fit*” si veda *Manual for Complex Litigation Fourth*, Federal Judicial Center 2004, pp. 480-482; K. R. FOSTER, P.W. HUBER, *Judging Science, Scientific Knowledge and the Federal Courts*, The MIT Press, Cambridge - London, 1997, pp. 23 ss. In italiano A. DONDI, *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *RTDPC*, 1996, p. 267; A. DONDI, *Problemi di*

teoria presentata dall'esperto rientrasse indiscutibilmente nella "buona scienza" alla luce dei criteri enunciati, essa non avrebbe potuto essere accettata qualora non fosse attinente al tema della causa²³².

Prima di passare all'analisi del secondo *leading case* della *Daubert Trilogy*, l'ultima osservazione che pare qui opportuna deve porre in luce come i suggerimenti offerti da *Daubert* siano stati accolti dalle corti. In particolare, il ruolo di *gatekeeper* è stato effettivamente assunto e considerato dai giudici, come confermato da uno studio a cura del *Rand Institute for Civil Justice*, nel quale si è rilevato come - dopo *Daubert* - le Corti federali distrettuali effettuavano una selezione più severa nell'ammissione delle prove scientifiche: "*it appears that judges are indeed doing what they were directed to do by the Supreme Court: they are increasingly acting as gatekeepers for reliability and relevance, they are examining the methods and reasoning underlying the evidence, and they appear to be employing general acceptance as only one of the many factors that enter into their reliability assessments*"²³³.

utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense, cit., p. 1137; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 237; R. RABIN, *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, cit., p. 371.

²³² La Corte in *Daubert* (509 U.S., 591) ha chiarito il concetto di 'fit' tramite la citazione del precedente *United State v. Downing*, 753 F2d 1224, 1242 (3d Cir 1985): "[a]n additional consideration under Rule 702 - and another aspect of relevancy - is whether expert testimony proffered in the case is sufficiently tied to the facts of the case that it will aid the jury in resolving a factual dispute".

²³³ L. DIXON, B. GILL, *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since Daubert Decision*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2001, p. xiii, disponibile a: http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/2005/MR1439.pdf.

5.1 General Electric

Nonostante la decisione in *Daubert* rappresenti tuttora uno dei *leading cases* in materia di prova scientifica, essa ha attirato a sé ben più di una critica. Si è ad esempio notato come, dopo *Daubert*, l'ingresso della *scientific evidence* nelle cause civili sia stato molto esiguo, e si è imputato il fenomeno al fatto che *Daubert* avesse imposto alle corti statunitensi (federali, ed indirettamente statali) un'attività di selezione/valutazione della prova estremamente impegnativa ed inadeguata agli strumenti culturali ed operativi di cui i giudici d'abitudine dispongono²³⁴.

Non sono però questi i profili che hanno spinto le corti (e, come vedremo, il legislatore) verso gli sviluppi successivi alla materia. Quanto ha occupato gli interpreti dopo *Daubert* è stato soprattutto la definizione degli aspetti lasciati insoluti dalla Corte Suprema circa l'area di applicazione della decisione stessa. Da un lato, infatti, si è sottolineato come *Daubert* non avesse chiarito quale fosse lo standard da utilizzare in sede d'appello nel valutare se la corte di grado inferiore avesse correttamente ammesso o negato l'ingresso ad una prova scientifica²³⁵; dall'altro lato, si è rilevato come *Daubert* non avesse specificato se i *Daubert factors* fossero utilizzabili con riferimento (oltre che alle scienze c.d. dure, anche con riguardo) a conoscenze non propriamente

²³⁴ "Judges have difficulty operationalizing the Daubert criteria and applying them, especially with respect to falsifiability and error rate": S. GRATOWSKI ET AL., *Asking the Gatekeepers: A National Survey of Judging Expert Evidence in a Post-Daubert World*, in *Law & Hum. Behav.* 25, 2001, p. 452; KAUSHAL B. MAJMUDAR, *Note, Daubert v. Merrell Dow: A Flexible Approach to the Admissibility of Novel Scientific Evidence*, in *Harv. J.L. & Tech.*, 7, 1993, pp. 188 ss.; A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, cit., p. 1140.

²³⁵ WENDY S. NEAL, *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S. Ct. 512 (1997): *The Future of Scientific Evidence in Toxic Tort Litigation*, in *U. Cin. L. Rev.*, 67, Spring 1999, p. 890; RUSSEL D. MARLIN, *Scientific Evidence: Standard of Review Raises Questions of Fit. General Electric Co. v. Joiner*, 118 S. Ct. 512 (1997), in *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 21, 1998, p. 141.

scientifiche ma tecnico-specialistiche (come ad esempio problemi di meccanica o ingegneria)²³⁶.

Su entrambe le questioni è successivamente tornata la Corte Suprema. Della prima - attinente alle modalità tramite le quali i giudici d'appello dovevano verificare l'operato dei tribunali - si è occupata la sentenza *General Electric Co. v. Joiner*²³⁷, del 1997, mentre la seconda - l'operatività dei *Daubert factors* al di fuori dei campi propriamente scientifici - è stata al centro della pronuncia *Kumho Tire Company Ltd. v. Carmichael*²³⁸, del 1999.

Iniziamo da *General Electric Co. v. Joiner*. In questo caso l'attore sosteneva che il tumore ai polmoni da cui era affetto fosse stato causato dall'esposizione sul luogo di lavoro ai "PCBs" (policlorobifenili) e ai suoi derivati (furano e diossina), presenti nei materiali prodotti dai convenuti. La Corte distrettuale, investita della controversia, non aveva ammesso le *expert testimonies* richieste dall'attore, in quanto non rispondenti, a parere dei giudici, ai *Daubert factors*. In particolare, gli studi degli esperti proposti dagli attori si basavano su test eseguiti su topi di laboratorio (ai quali erano stati iniettati alti dosaggi di PCBs), nonché su alcuni studi epidemiologici (su lavoratori italiani e norvegesi esposti alla sostanza)²³⁹. La Corte distrettuale ritenne che sia gli uni che gli altri esami non fossero dotati di sufficiente validità scientifica, e che pertanto i risultati proposti dagli esperti non avessero valore maggiore

²³⁶ MAXINE D. GOODMAN, *A Hedgehog on the Witness Stand – What's the big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony*, in *Am. U.L. Rev.* 59, February 2010, p. 645; MICHAEL H. GRAHAM, *The Expert Witness Predicament: Determining "Reliable" Under the Gatekeeping Test of Daubert, Kumho, and Proposed Amended Rule 702 of the Federal Rules of Evidence*, in *U. Miami L. Rev.*, 54, January 2000, pp. 321 ss.; EDWARD J. IMWINKELRIED, *The Next Step After Daubert: Developing a Similarly Epistemological Approach to Ensuring the Reliability of Nonscientific Expert Testimony*, in *Cardozo L. Rev.* 15, 1994, pp. 2294 ss.

²³⁷ *General Electric Co. v. Joiner* 522 U.S. 136 (1997).

²³⁸ *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

²³⁹ Gli studi epidemiologici non vennero ritenuti idonei dalla Corte per fondare l'*opinion* dell'esperto. Sui test sugli animali si veda anche sopra p. 70.

dell'opinione di un laico. Il risultato della scelta fu che la Corte giudicò non provato il nesso di causalità tra le sostanze tossiche e l'insorgere del tumore²⁴⁰. In sede di impugnazione, tuttavia, i giudici della Corte di seconda istanza non confermarono la sentenza della *District court*, osservando che (le Corti d'Appello dovevano utilizzare uno standard particolarmente severo nella valutazione dell'esclusione in primo grado delle *expert testimonies*, e che, alla luce di tale standard) la Corte distrettuale aveva errato nell'escludere la testimonianza degli esperti dell'attore, giacché essa non era tenuta a decidere se le opinioni dell'esperto fossero ragionevoli, ma solamente se le basi metodologiche poste a supporto delle conclusioni fossero *reliable*²⁴¹.

Non solo. La Corte Suprema si pronunciò pure sulla correttezza degli argomenti impiegati dalla Corte d'Appello con particolare riguardo allo standard da applicare nel valutare la decisione di una corte inferiore sull'ammissibilità della prova scientifica.

Sul punto, la Corte Suprema ritenne che, indipendentemente dall'ammissione o esclusione della prova da parte della *District Court*, le Corti d'Appello dovessero affidarsi al test dell'*abuse of discretion* nel rivedere l'*evidentiary ruling*²⁴². Ciò significa che i giudici di secondo grado avrebbero dovuto valutare le conclusioni raggiunte nel processo di primo grado non alla luce di quanto essi avrebbero deciso nelle medesime circostanze, bensì applicando gli stessi ragionamenti ed argomenti della corte inferiore e

²⁴⁰ *General Electric Co. v. Joiner*, 864 F. Supp. 1310, 1322.

²⁴¹ "[T]he district court must examine the reasoning or methodology underlying the expert opinion to determine whether it utilizes valid scientific methods and procedures. Trial judges must evaluate scientific processes and studies with which they may not be intimately familiar, but be careful not to cross the line between deciding whether the expert's testimony is based on "scientifically valid principles" and deciding upon the correctness of the expert's conclusions. The latter inquiry is for the jury and, therefore, judges may not implicitly factor it into their assessment of reliability" (78 F.3d 524).

²⁴² "We have held that abuse of discretion is the proper standard of review of a district court's evidentiary rulings": *General Electric Co. v. Joiner* 522 U.S. 136 (1997), 517.

verificando al contempo che quei ragionamenti e quegli argomenti non fossero stati scelti e presentati in modo chiaramente errato (ossia non integrassero un caso di *abuse of discretion*). La Corte Suprema, in sostanza, indirizzò le Corti d'Appello ad esercitare con gran cautela la riforma delle decisioni dei colleghi di primo grado, sostanzialmente obbligando i giudici di secondo grado ad aderire alle decisioni della corte inferiore, salvo che queste ultime fossero manifestamente erranee. Per quanto riguarda il caso di specie, la Corte osservò come la *District Court* non avesse "abusato della sua discrezionalità" nell'escludere una *expert testimony*, in quanto gli esperti di parte attrice non avevano chiarito "come e perché" essi avrebbero dedotto il nesso di causalità da studi effettuati su animali e condotti in circostanze diverse da quelle in cui si trovava l'attore. Inoltre, sempre a detta della Corte, era corretta l'esclusione di tutti gli studi epidemiologici, poiché alcuni erano statisticamente non rilevanti, mentre altri non riguardavano direttamente l'esposizione al PCBs²⁴³.

5.2 Kumho Tire

Quanto all'altro profilo non risolto da *Daubert* - l'applicabilità dei *Daubert factors* alle materie non propriamente scientifiche -, esso è stato affrontato nel 1999 da *Kumho Tire Company Ltd. v. Carmichael*²⁴⁴, che ha provveduto a ribadire e rifinire i contenuti già delineati in *Daubert*.

In *Kumho Tire*, la lite nasceva da un incidente automobilistico causato dallo scoppio di uno degli pneumatici di una vettura. A seguito del difetto della gomma, e del conseguente ribaltamento della macchina, uno dei passeggeri

²⁴³ M. A. BERGER, *What has a decade of Daubert wrought?*, cit., p. 60.

²⁴⁴ *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

del veicolo restò ucciso, e altri sette rimasero feriti. I superstiti e gli eredi del passeggero deceduto proposero un'azione di responsabilità civile contro il produttore ed il distributore degli pneumatici, sostenendo che lo pneumatico difettoso doveva considerarsi all'origine dell'incidente. La questione centrale, pertanto, verteva su un giudizio (difettosità o no dello pneumatico) che avrebbe potuto essere oggetto di una perizia ingegneristica, ma non propriamente dello studio di uno "scienziato"²⁴⁵.

In primo grado la parte attrice aveva chiesto l'ammissione della testimonianza di un esperto, centrata sulla base di un'ispezione meramente visiva e tattile del pneumatico, per provare che lo stesso era stato usato in maniera corretta e che, quindi, la sua rottura non poteva che farsi derivare da un difetto di fabbricazione. Il convenuto si era opposto alla testimonianza, la cui ammissibilità - a suo dire - si sarebbe scontrata con i criteri *Daubert* (in particolare la metodologia "visiva" utilizzata dall'esperto non sarebbe stata *reliable* alla luce di quelle indicazioni).

Il *trial judge* aderì a quest'ultima tesi. Egli ritenne di dover agire in veste di "*Daubert-type reliability gatekeeper*", nonostante che la testimonianza in questione appartenesse ad una materia 'tecnica-ingegneristica' piuttosto che prettamente riguardante "la scienza". La testimonianza dell'esperto di parte attrice fu esclusa e venne concesso il *summary judgment*²⁴⁶. La Corte d'Appello, tuttavia, censurò la sentenza di primo grado, osservando come la *District Court* avesse errato nell'applicare i *Daubert factors*, che avrebbero potuto essere riferiti solo a principi e teorie scientifiche, e non a testimonianze basate su "*skill- or experience based observation[s]*", quali quelle oggetto della testimonianza esperta al centro del caso. La società produttrice

²⁴⁵ R. RABIN, *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, cit., p. 371.

²⁴⁶ Vedi sopra nota 67.

dei pneumatici impugnò la sentenza della Corte d'Appello, offrendo così alla Corte Suprema l'occasione di pronunciarsi sul dibattito sull'applicazione dei *Daubert factors* alla *non-scientific evidence*.

La *Supreme Court* si espresse per l'applicabilità dei criteri di *Daubert* anche alle testimonianze esperte su materie non scientifiche, estendendo in questo modo l'obbligo per il giudice di esercitare la propria funzione di *gatekeeper* nell'analisi di qualsiasi tipo di conoscenza, scientifica, tecnica o anche solo specialistica²⁴⁷. Del resto - ha notato la Corte - la *Rule 702* non distingue tra sapere scientifico e sapere tecnico²⁴⁸, e applica "*its reliability standards to all matters within its scope*"²⁴⁹. Anche alla luce della flessibilità ritenuta propria alla *Rule*, la Corte scelse di non predisporre una lista dei campi relativamente ai quali poteva applicarsi *Daubert*, osservando come, da un lato, quei criteri potevano tornare utili anche con riferimento ad ambiti all'apparenza non

²⁴⁷ Ciò che mosse la Corte in *Kumho Tire* era essenzialmente l'intenzione di assicurare una migliore qualità alle testimonianze esperte introdotte nei processi civili: C. STERLOCCHI, *La prova scientifica nell'esperienza statunitense. I criteri di affidabilità nelle elaborazioni post Kumho Tire* (Pt. I), in *Il Foro ambrosiano*, 2004, fasc. 3, p. 382.

²⁴⁸ Questo il ragionamento della Corte (*Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 141 (1999)): "*the Daubert "gatekeeping" obligation applies not only to "scientific" testimony, but to all expert testimony. Rule 702 does not distinguish between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, but makes clear that any such knowledge might become the subject of expert testimony. It is the Rule's word "knowledge," not the words (like "scientific") that modify that word, that establishes a standard of evidentiary reliability. Daubert referred only to "scientific" knowledge because that was the nature of the expertise there at issue. Neither is the evidentiary rationale underlying Daubert's "gatekeeping" determination limited to "scientific" knowledge. Rules 702 and 703 grant all expert witnesses, not just "scientific" ones, testimonial latitude unavailable to other witnesses on the assumption that the expert's opinion will have a reliable basis in the knowledge and experience of his discipline. Finally, it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a "gatekeeping" obligation depended upon a distinction between "scientific" knowledge and "technical" or "other specialized" knowledge, since there is no clear line dividing the one from the others and no convincing need to make such distinctions*".

²⁴⁹ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, (526 U.S. 137, 150, 1999). Ancora, la Corte pose l'accento sul fatto che la funzione di *gatekeeping* comprendesse il fatto di "*make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the courtroom the same level of intellectual rigor that characterizes the practice of an expert in the relevant field*": *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 152 (1999) .

scientifici il cui rilievo è difficilmente definibile a priori, e, dall'altro lato, come quegli stessi criteri potessero per contro mostrarsi inadeguati persino con riguardo al nucleo duro della prova scientifica, ovvero le scienze 'pure'²⁵⁰. Molto dipende - ricorda la Corte - dalle circostanze particolari del caso oggetto di giudizio, che possono essere determinanti nell'applicazione del *Daubert* test, quale che sia la natura, puramente scientifica o no, dei quesiti oggetto delle testimonianze²⁵¹.

Come è facile immaginare, questo approccio della Corte Suprema ha a propria volta ricevuto numerose censure. A fronte dell'atteggiamento flessibile della Supreme Court, taluno ha osservato come la decisione manchi di indicare al giudice *gatekeeper* i criteri che dovrebbero consentirgli di valutare la validità e l'affidabilità dei materiali probatori in esame²⁵². Inoltre, si è notato che la sentenza estende l'applicabilità dei *Daubert factors* alle prove tecniche, senza però considerare il fatto che i primi potrebbero risultare non idonei per lo scrutinio e la selezione delle seconde²⁵³. In questa prospettiva si enfatizza come i criteri delineati in *Daubert*, elaborati con riferimento specifico alla *scientific evidence*, rischierebbero di rivelarsi inadatti a gestire l'ammissibilità di testimonianze tecniche fondate sulla mera esperienza (si pensi ad esempio a quanto difficilmente i criteri del *rate of error* e del *peer review* come enunciati in *Daubert* possano trovare applicazione fuori dall'ambito delle *hard sciences*²⁵⁴). Lungo le medesime linee, altri hanno concluso che, riguardo ai contesti non scientifici, l'estrema eterogeneità degli

²⁵⁰ *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 151 (1999).

²⁵¹ *Kumho Tire v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 151 (1999).

²⁵² R. J. ALLEN, *Expertise and the Supreme Court: what is the problem?*, in *Seton Hall L. Rev.* 34, 1, 2003, p. 2, disponibile in internet a: law.shu.edu/journals/lawreview/library/vol_34/34_1/Allen.pdf.

²⁵³ The Harvard Law Association, *Reliable Evaluation of Expert Testimony Harvard Law Review* 116, 7, May 2003, p. 2142.

²⁵⁴ Vedi supra p. 73.

ambiti e degli approcci possibili non permetterebbe di elaborare canoni oggettivi universali, ma, al più, di stabilire direttive isolate, valide per ciascuna area di competenza²⁵⁵. Proprio enfatizzando la mancanza di uno standard uniforme di valutazione, vi è poi chi sottolinea come l'estensione dell'esame delineato in *Daubert* alla prova non scientifica potrebbe non solo rendere meno rigoroso il giudizio delle corti sull'ammissibilità di quelle testimonianze, ma pure dare adito, a causa dell'ampia discrezionalità attribuita al giudice nell'interpretare i canoni di *Daubert*, a giudizi contrastanti in situazioni riguardanti il medesimo materiale probatorio²⁵⁶.

Alla resa dei conti sono perciò in molti a sostenere che la sentenza *Kumho Tire* ha contribuito solamente ad aumentare la confusione della materia²⁵⁷. In effetti, in essa, la Corte ha - per un verso - riconosciuto che la *expert evidence* non scientifica è sostanzialmente diversa dalla *scientific evidence* e che tali differenze, come visto sopra, devono essere riscontrate ed analizzate caso per caso, ma poi - per altro verso, e con un quanto meno apparente scarto logico - essa ha invitato i giudici di merito ad applicare proprio i criteri scientifici per verificare la validità e l'affidabilità anche della testimonianza di natura tecnica²⁵⁸.

²⁵⁵ C.L. MONTZ, *Trial Judges As Scientific Gatekeepers After Daubert, Joiner, Kumho Tire, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This ?*, in *U. West. L.A. L. Rev.* 33, 2001, pp. 109-110.

²⁵⁶ TELLUS INSTITUTE, *Daubert: the most influential Supreme Court ruling you've never heard of*, A Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy, a: <http://www.defendingscience.org/upload/Daubert-The-Most-Influential-Supreme-Court-Decision-You-ve-Never-Heard-Of-2003.pdf>.

²⁵⁷ D. CRUMP, *The trouble with Daubert-Kumho: reconsidering the Supreme Court's philosophy of science*, in *Mo. L. Rev.* 68, 2003, p. 1.

²⁵⁸ D. CRUMP, *The trouble with Daubert-Kumho: reconsidering the Supreme Court's philosophy of science*, cit., p. 1. Per una disamina delle pronunce statali e federali post *Daubert* in tema di *expert evidence* si veda C. H. CWIK, J. L. NORTH (eds.), *Scientific Evidence Review, Monograph no. 4*, ABA - Section of Science and Technology, Chicago, 1999.

5.3 La Rule 702 e la giurisprudenza successiva alla Daubert Trilogy

Questa evoluzione giurisprudenziale in merito alla prova scientifica è stata dichiaratamente presa a modello per gli emendamenti che hanno interessato la *evidence Rule 702* nel 2000²⁵⁹: lo si legge, con riferimento alla stessa *Rule*, nelle *Committee Notes on Rules - 2000 Amendment*.

L'attuale testo della norma è il seguente: "*if scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if the testimony is based upon sufficient facts or data, the testimony is the product of reliable principles and methods, and the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case*". Si prevedono così tre criteri distinti di riferimento per selezionare l'ammissione di "*scientific, technical, or other specialized knowledge*", e cioè: efficiente fondamento fattuale dell'*opinion*, utilizzazione di principi e metodologie affidabili, applicazione coscienziosa di tali metodologie alle circostanze di fatto oggetto della controversia²⁶⁰.

Va da sé che, anche con riguardo alla nuova versione della *Rule 702*, si è lamentata²⁶¹ la totale mancanza di indicazioni sul come valutare i "*reliability requirements*" di cui parla la disposizione - anche se i commentatori più accorti osservano come "*this silence reflects the fact that the factors bearing on*

²⁵⁹ In vigore dal 1° dicembre 2000. Per la formulazione precedente della *Rule*, v. sopra nota 211.

²⁶⁰ "*No attempt has been made to "codify" these specific factors. Daubert itself emphasized that the factors were neither exclusive nor dispositive. Other cases have recognized that not all of the specific Daubert factors can apply to every type of expert testimony*": *Committee Notes on Rules - 2000 Amendment*, disponibili in internet a: <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/ACRule702.htm>.

²⁶¹ C.L. MONTZ, *Trial Judges As Scientific Gatekeepers After Daubert, Joiner, Kumho Tire, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This?*, cit., pp. 109-110.

reliability will vary depending on the nature of the case and the type of expert testimony"²⁶².

Pure tali modifiche, pertanto, non hanno segnato un punto fermo nella materia, ma hanno piuttosto finito col rifornire di nuovi motivi il dibattito giudiziale. Le soluzioni derivanti dalla *Daubert Trilogy* e dalla *Rule 702* non hanno difatti ancora trovato un equilibrio definitivo presso le corti²⁶³. Da un lato, l'applicazione dei *Daubert factors* non risulta affatto omogenea. Molte corti tendono a giudicare inadeguati i quattro fattori elencati in *Daubert* per la valutazione dell'*expert evidence*, e perciò finiscono spesso per aggiungerne di propri in relazione al caso concreto²⁶⁴ o per trasferire i criteri applicati in un particolare ambito scientifico ad un altro, di per sé differente²⁶⁵. Un esempio della prima ipotesi lo si ritrova in *Kamp v. FMC Corp.*, dove la corte - pur applicando formalmente i *Daubert factors* - in realtà elaborò criteri ulteriori per valutare la testimonianza esperta di un ingegnere, ed in particolare valutò: se l'esperto avesse testimoniato su materie che erano oggetto diretto

²⁶² P.L. GORDON, *Amendments To The Federal Rules Of Civil Procedure And The Federal Rules Of Evidence*, in *Colo. Law* 30, 2001, p. 38.

²⁶³ M. J. SAKS, D. L. FAIGMAN ET ALII, *Annotated Reference Manual on Scientific Evidence, Second*, Thomson - West, St. Paul, 2004, p. 11; JEROME P. KASSIRER & JOSEPH S. CECIL, *Inconsistency in Evidentiary Standards for Medical Testimony: Disorder in the Courts*, in *Journal of the American Medical Association* 288, 2002, pp. 1382 ss. "It may mean, in a very real sense, that "everything old is new again" with respect to some scientific and technical evidentiary matters long considered settled. Alarmists may see this as undesirable, envisioning courtrooms populated by mad scientists in white lab coats and overzealous judges in black robes, busily undoing established precedent. The more probable outcome is that judges, lawyers and expert witnesses will have to learn to be comfortable refocusing their thinking about the building blocks of what truly makes evidence that is beyond the knowledge and experience of lay persons useful to them in resolving disputes. The beneficiaries of this new approach will be the jurors that have to decide increasingly complex cases. *Daubert*, *Kumho Tire*, and now *Rule 702* have given us our marching orders, and it is up to the participants in the litigation process to get in step": *United States v. Horn*, 185 F.Supp.2d 530 (D.Md. 2002).

²⁶⁴ Si v. ad esempio *Kamp v. FMC Corp.*, 2002 WL 1480798 (E.D. Mich. June 27, 2002); *Ebenboech v. Koppers Industries, Inc.*, 239 F.Supp.2d 455 (D.N.J. 2002).

²⁶⁵ Fra le tante illustrazioni, *McGuire v. Davidson Manufacturing Corp.*, 238 F.Supp.2d 1096 (N.D.Iowa 2003), vedi infra.

dei suoi studi, e non solo approfondite appositamente per la testimonianza in tribunale; se l'esperto fosse giunto a conclusioni prive di fondamento partendo da premesse generalmente accettate; se l'esperto avesse tenuto in debito conto le possibili soluzioni alternative; se l'ambito di studio su cui verteva l'*opinion* offriva generalmente risultati attendibili; infine, se l'esperto fosse stato scrupoloso come lo sarebbe stato esercitando la sua professione²⁶⁶. Per quanto riguarda invece l'applicazione di un criterio proprio di un'area scientifica ad una differente basti ricordare come, in *McGuire v. Davidson Manufacturing Corp.*²⁶⁷, il criterio della *differential diagnosis* - utilizzato in ambito medico per accertare le cause di una malattia - venne applicato in materia ingegneristica per indagare se il difetto del prodotto lamentato dall'attore era o no stato causa dell'evento dannoso

Dall'altro lato, i giudici continuano a discutere in merito ai criteri che entrano in gioco nella valutazione della *reliability* e *validity* di una *expert opinion* che non appartiene ad un ambito tradizionalmente scientifico, col risultato che talune decisioni restano fedeli ai *Daubert factors* anche al di fuori delle scienze pure, mentre altre decidono di fare a meno di quei canoni quando chiamate a valutare opinioni esperte di tipo non scientifico. Così, in *Correa v. Cruisers. Inc.*²⁶⁸ la *Court of Appeal for the First Circuit* condivise la scelta della *District Court* di ammettere la testimonianza di un esperto (un meccanico) fondata su un'ispezione meramente visiva del motore di un'autovettura; ancora, in un procedimento penale (*United States v. Conn*²⁶⁹), la *Court of Appeal for the Seventh Circuit* confermò che la corte inferiore aveva correttamente reputato un agente governativo testimone esperto sulle pistole reperite nel

²⁶⁶ *Kamp v. FMC Corp.*, 2002 WL 1480798, 2.

²⁶⁷ *McGuire v. Davidson Manufacturing Corp.*, 238 F.Supp.2d 1096 (N.D.Iowa 2003).

²⁶⁸ *Correa v. Cruisers. Inc.*, 298 F.3d 13 (1st Cir. 2002).

²⁶⁹ *United States v. Conn*, 297 F.3d 548 (7th Cir. 2002).

nascondiglio dell'imputato che le deteneva senza licenza, in forza della sua *specialized knowledge* riguardo alle armi. Al contrario, in *LinkCo v. Fujitsu Ltd.*²⁷⁰ i giudici federali della *District Court* non ammisero la testimonianza di un esperto in *software engineering*, posto che la testimonianza conteneva delle conclusioni non supportate da altro elemento che il mero riferimento dell'esperto alla propria esperienza. La Corte affermò che, alla luce delle *FRE*, non era possibile che gli esperti presentassero "*credentials rather than analysis. [...] Without good explanations, courts cannot assess the reliability of any conclusion drawn by an expert, even if he possesses relevant experience*".

In altre occasioni ancora, il giudice si trovò dinnanzi ad un contrasto tra i *Daubert factors*. Così, in *Newman v. Motorola*²⁷¹ l'attore affermava che il tumore al cervello da cui era affetto fosse stato provocato dalle radiazioni non ionizzanti del proprio cellulare. Ad oggi alcuno studio scientifico è stato in grado di provare la relazione causale tra l'uso del telefono cellulare e l'insorgere di un tumore al cervello (elemento utile al *defendant* in quanto non era applicabile il criterio della diffusa accettazione nella comunità scientifica). Ciò nonostante, l'esperto chiamato dal *plaintiff*, autorevole scienziato, aveva espresso parere contrario, ossia favorevole all'attore, in diverse pubblicazioni (e quindi il criterio della pubblicazione sulle riviste scientifiche costituiva un punto per la vittima). Per superare questa *empasse* di conflitto tra i *Daubert factors*, il giudice ha ritenuto opportuno esaminare direttamente la prova²⁷², giudicando infine viziato il ragionamento proposto dall'esperto del *plaintiff*.

²⁷⁰ *LinkCo v. Fujitsu Ltd.*, 2002 WL 1585551 (S.D.N.Y. July 16, 2002).

²⁷¹ *Newman v. Motorola*, 218 F. Supp.2d 769 (D.Md. 2002), 776.

²⁷² Ad esempio, il giudice notò come gli studi di patologie portati come parametro dall'esperto dell'attore (*benign acoustic neurinomas*) fossero differenti da quelle del *plaintiff* (*malignant astrocytoma*). O, ancora, si osservò come non fu provata la *dose-response relationship*, fattore importante per stabilire la *causation*.

Un'ulteriore dimostrazione dell'ambiguità dei Daubert factors viene da *Zuchowicz v. United States*²⁷³. La vicenda alla base del caso era la seguente. L'ospedale di Groton (Connecticut) aveva prescritto all'attrice il farmaco Danocrine in un dosaggio pari al doppio di quello massimo raccomandato dagli standard farmaceutici. Dopo quattro mesi di assunzione, durante i quali si erano manifestati diversi sintomi - quali tachicardia e dolori al petto - , il medico curante della signora le fece sospendere l'assunzione del farmaco. Dopo altri sei mesi venne diagnosticata all'attrice un'ipertensione polmonare primaria, patologia che l'avrebbe portata alla morte in due anni e mezzo. Prima di morire, la signora convenne in giudizio l'ospedale per il risarcimento dei danni a suo dire causatile dalla errata prescrizione del farmaco; dopo il decesso dell'attrice, la causa venne portata avanti dal marito. Egli non poté porre all'attenzione dell'organo giudicante alcuna prova che soddisfacesse i criteri *Daubert*, in quanto l'ipotesi trattava di effetti collaterali di un medicinale che non si erano mai verificati prima di allora e sui quali pertanto non esistevano pregressi studi epidemiologici, né ricerche di laboratorio. Le uniche prove che vennero offerte furono le testimonianze di due medici - un esperto di malattie polmonari e un professore in farmacologia - che, pur non potendo offrire dati riferibili al farmaco in questione, ricostruirono il nesso di causalità in base al fattore temporale dell'assunzione del farmaco ed il decesso della paziente, fornendo la prova indiretta tramite lo studio in laboratorio di farmaci dotati di composizione chimica simile a quella del farmaco in questione. Gli esperti stabilirono solo che la progressione e lo sviluppo della malattia erano da relazionarsi, secondo una "*reasonable medical certainty*"²⁷⁴ al sovradosaggio del farmaco prescritto alla paziente presso la struttura ospedaliera. Il giudice della

²⁷³ *Zuchowicz v. United States* 140 F.3d 381 (2d Cir. 1998).

²⁷⁴ *Patricia A. Zuchowicz v. United States of America*, 140 F.3d 381 140 F.3d 381, 390.

District Court stabili – ricevendo conferma in appello – che, pur non potendo servirsi dei fattori *Daubert*, gli esperti “based their opinions on methods reasonably relied on by experts in their particular fields”²⁷⁵, concludendo pertanto per l’ammissibilità ed affidabilità della prova.

L’unico dato certo è che, al di là della modalità di applicazione degli standard di ammissibilità della *Daubert Trilogy* e delle *FRE*, i giudici statunitensi, a livello federale²⁷⁶, come nelle giurisdizioni statali²⁷⁷ (soprattutto nella *toxic-tort litigation*)²⁷⁸, hanno assunto un ruolo incisivo nella

²⁷⁵ *Patricia A. Zuchowicz v. United States of America*, 870 F. Supp. 15, 1994 U.S. Dist., 10.

²⁷⁶ Nei primi sei anni dopo *Daubert* i giudici federali pubblicarono 1065 decisioni sull’ammissibilità degli esperti, di cui 871 in casi civili: D. M. RISINGER, *Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock?*, *Alb. L. Rev.* 64, 2000, p. 104. Una ricerca condotta dal *Federal Judicial Center* sui giudici federali in un momento antecedente *Daubert* e cinque anni dopo la decisione stessa dimostrò come, dopo *Daubert*, “judges were more likely to scrutinize expert testimony before trial and less likely to admit expert testimony”: M. T. JOHNSON ET ALII, *Fed. Judicial Ctr., Expert Testimony in Federal Civil Trials: A Preliminary Analysis*, 2000, p. 1.

²⁷⁷ Vedi sopra nota 213. Per una panoramica sull’approccio statale nei confronti dell’ammissibilità dell’*expert testimony*, see AA. VV., *States Move to Daubert, Even When They Say They’re Stuck on Frye*, in *Prod. Safety & Liab. Rep.* (BNA), 30, 2002, pp. 328 ss; LEO H. WHINERY, *Expert Testimony Trends in State Practice and the Uniform Rules of Evidence*, in *New Directions in Expert Testimony: Scientific, Technical, and Other Specialized Knowledge Evidence in Federal and State Courts*, ALI-ABA Course of Study, Apr. 26, 2001, pp. 176–182; EDWARD J. IMWINKELRIED, *Evidentiary Balance*, in *Nat’l L.J.*, May 13, 2002, p. B11; D. FAIGMAN ET ALII, *Modern Scientific evidence : the law and science of expert testimony*, cit., p. 19. Per alcuni esempi di decisioni statali che hanno aderito a *Daubert*: *Nelson v. State*, 628 A.2d 69 (Del. 1993); *Hutchison v. American Family Mut. Ins. Co.*, 514 N.W.2d 882, 72 A.L.R.5th 785 (Iowa 1994); *Com. v. Lanigan*, 419 Mass. 15, 641 N.E.2d 1342 (1994); *Green v. Cessa Aircraft Co.*, 673 A. 2d 216, *Prod. Liab. Rep.* (CCH) P 14601 (Me. 1996); *State v. Porter*, 241 Conn. 57, 694 A.2d 1262 (1997); *State v. Coon* 976 P.2d 386, 95 A.L.R.5th 729 (Alaska 1999); *Farm Bureau Mut. Ins. Co. of Arkansas, Inc. v. Foote*, 341 Ark. 105, 14 S.W.3d 512 (2000).

²⁷⁸ Nei *toxic tort cases* la testimonianza dell’esperto è un punto cruciale per la prova del nesso di causalità: per il *case law* federale si v., e.g., si veda *Norris v. Baxter Healthcare Corp.*, 397 F.3d 878 (10th Cir. 2005); *Wills v. Amerada Hess Corp.*, 379 F.3d 32 (2d Cir. 2004); *Vargas v. Lee*, 317 F.3d 498 (5th Cir. 2003); *In re Silicone Gel Breast Implants Prods. Liab. Litig.*, 318 F.Supp.2d 879, 898–899 (C.D. Cal. 2004); *Newman v. Motorola, Inc.*, 218 F.Supp.2d 769 (D. Md. 2002); in ambito statale, per esempio, *Lindquist v. City of Jersey City Fire Dep’t*, 814 A.2d 1069 (N.J. 2003); *Brookshire Bros. v. Smith*, 176 S.W.3d 30 (Tex. App. 2004); *Daniels v. Lyondell-Citgo Ref. Co.*, 99 S.W.3d 722 (Tex. App. 2003); *Exxon Corp. v. Makofski*, 116 S.W.3d 176 (Tex. App. 2003); *Lofgren v. Motorola*, 1998 WL 299925 (Ariz. Super. Ct. 1998); *U.S. Sugar Corp. v. Henson*, 823 So.2d 104 (Fla. 2002); *Berry v. CSX Transp., Inc.*, 709 So.2d 552 (Fla. Dist. Ct. App. 1998); *Donaldson v. Cent. Ill. Pub. Serv. Co.*, 767

decisione sull'ammissibilità della prova scientifica e della testimonianza dell'esperto. Un ruolo che oggi, come nel passato, è oggetto di vivaci discussioni perché considerato estraneo alle strutture portanti del sistema *adversary*²⁷⁹.

6. Le derivate della Scientific evidence nel legal process

È evidente a chiunque come la progressiva e crescente adozione di modelli scientifici nell'indagine giudiziale, adozione consacrata dagli straordinari ed incalzanti progressi scientifici e tecnologici cui assistiamo quotidianamente, renda indispensabile l'impiego, in molti processi, della c.d. *specialized knowledge*²⁸⁰. Al di là degli esempi fin qui suggeriti, si pensi alle possibilità offerte dal *test* del DNA nei processi penali o nei casi di riconoscimento/disconoscimento della paternità; oppure al valore da riconoscersi alle prove epidemiologiche nei cc.dd. *mass tort cases*; o, ancora, alla massiccia diffusione - anche come mezzo di prova - di computer e mezzi informatici, i quali sovente offrono formule e dati comprensibili solo con l'ausilio attivo di personale specializzato²⁸¹. Tutte queste situazioni importano l'inclusione nel processo di modelli scientifici poco adatti ad inserirsi nel tradizionale 'ecosistema' della procedura di *common law*, con

N.E.2d 314 (Ill. 2002); *Linnen v. A.H. Robins Co.*, 2000 WL 16769 (Mass. Super. Ct. 1999); *McDonough v. Allina Health Sys.*, 685 N.W.2d 688 (Minn. Ct. App. 2004); *Schafersman v. Agland Coop.*, 631 N.W.2d 862 (Neb. 2001); *Valentine v. PPG Indus., Inc.*, 821 N.E.2d 580 (Ohio Ct. App. 2004); *Cutlip v. Norfolk S. Corp.*, 2003 WL 1861015 (Ohio Ct. App. 2003); *Jennings v. Baxter Healthcare Corp.*, 14 P.3d 596 (Or. 2000); *McDaniel v. CSX Transp., Inc.*, 955 S.W.2d 257 (Tenn. 1997); *Merrell Dow Pharms., Inc. v. Havner*, 953 S.W.2d 706, 718 (Tex. 1997); *Easum v. Miller*, 92 P.3d 794 (Wyo. 2004); *Kuhn v. Sandoz Pharms. Corp.*, 14 P.3d 1170, 1184-1185 (Kan. 2000).

²⁷⁹ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., pp. 205 ss.

²⁸⁰ M.A. BERGER, *What Has a Decade of Daubert wrought?*, in *Am. J. Public Health*. 95, 2005, p. 59.

²⁸¹ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *RTDCP*, 2005, p. 1080.

riguardo tanto alla concentrazione dibattimentale²⁸², quanto - e soprattutto - al tradizionale *modus operandi* della giuria e del giudice.

Più in particolare, sul versante della concentrazione del dibattimento, è chiaro che la complessità del materiale scientifico mal si presta ad essere presentata ed amministrata in un procedimento snello, da concludersi in un'unica udienza, e pone notevoli difficoltà persino all'impiego della *cross-examination*, quale metodo per valutare la fondatezza di quanto dichiarato dall'esperto.

Ma è soprattutto la posizione dei giurati e del giudice ad essere messa in discussione dal ricorso diffuso alle prove scientifiche. L'impiego di queste ultime, infatti, rende necessario fornire chi è chiamato a valutarle di strumenti atti a comprenderne i risultati²⁸³. Si spiega così come una parte della dottrina abbia proposto - con riguardo alle cause nelle quali sono in discussione risultanze scientifiche avanti ad una giuria - di permettere ai giurati di interrogare direttamente i testimoni, o di adottare criteri che consentano la scelta di giurati più competenti e preparati del cittadino medio (con buona pace del tradizionale ruolo democratico-rappresentativo della giuria)²⁸⁴. È stata avanzata anche l'idea, seppur minoritaria, di abolire la giuria per le cause più complesse, o di sostituire le giurie ordinarie con *blue-ribbon juries* o *science courts*, composte da tecnici o scienziati appositamente scelti²⁸⁵.

²⁸² Vedi sopra cap. 1 par. 4.

²⁸³ W. KIP VISCUSI, *Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts*, in *J. Legal Stud.* 30, 2001, p. 135.

²⁸⁴ H.L. SAROKIN & G.T. MUNSTERMANN, *Recent Innovation in Civil Jury Trial Procedures*, pp. 386 ss., in R. E. Litan, *Verdict: Assessing the civil jury system*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1993.

²⁸⁵ J. SANDERS, *From Science to Evidence: The Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in *Stanford Law Review*, 46, 1 (Nov., 1993), pp. 78 ss; W. LUNEBURG, M. NORDENBERG, *Specially Qualified Juries and Expert Nonjury Tribunals*, in *Va. L. Rev.* 67, 1981, pp. 887 ss.

Ugualmente problematici sono i precipitati che il frequente impiego delle prove scientifiche fa ricadere sulla figura del giudice. Vengono qui in particolare rilievo due aspetti: il primo concerne le ipotesi in cui, presente la giuria, il giudice togato è chiamato al vaglio dell'ammissibilità della prova scientifica; il secondo aspetto investe l'atteggiamento del giudice in qualità di *trier of fact* nei confronti della prova scientifica.

Sotto la prima luce, ossia quella del ruolo giocato dal giudice in sede di ammissione della prova scientifica, vi è da ricordare come, a seguito dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa di cui si è trattato nel paragrafo che precede, siano stati concessi al giudice poteri più incisivi in fase di *pretrial discovery* in ordine all'ammissibilità della prova, poteri che consentono al giudice un severo scrutinio dell'*expert testimony*²⁸⁶. Questa scelta, tuttavia, è stata criticata sotto vari profili. Da un lato si teme che il vaglio delle prove scientifiche possa provocare un eccessivo prolungamento della fase di *discovery* (con il conseguente aumento dei costi processuali per le parti), la possibilità di contrasti fra giudicati aventi lo stesso oggetto e l'accentuata impossibilità di prevedere l'esito di controversie nelle quali si tratti materiale probatorio complesso e specializzato²⁸⁷. Dall'altro lato, chi celebra la democraticità dell'istituzione della giuria popolare tende a concludere che il potere del giudice di decidere questioni di fatto in una fase preliminare al dibattimento, al momento in cui egli deve decretare l'ammissibilità della prova, sia oggi troppo esteso²⁸⁸ e finisca con l'invadere

²⁸⁶ Si v. supra, par. 5.1.

²⁸⁷ C. STERLOCCHI, *La prova scientifica nell'esperienza statunitense. I criteri di affidabilità nelle elaborazioni post Kumho Tire* (Pt. I), cit., p. 390.

²⁸⁸ Infatti, come anticipato sopra (nota 149 e p. 49) le novità introdotte nelle statunitensi *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983 hanno profondamente inciso sul ruolo del giudice, che da arbitro terzo della lite sta man mano divenendo un *managerial judge*: J. RESNIK, *Managerial Judges*, cit., 1982. Ad esso, infatti, sono conferiti diversi poteri di direzione del processo (con riguardo, e.g., alle *pretrial conferences* - *Rule 16* -, ed alla decisione circa l'assunzione delle testimonianze - *Rule 43*

l'ambito di competenza tradizionalmente spettante alla giuria. Ciò in quanto il giudice, quando valuta l'ammissione di una testimonianza esperta tramite i *Daubert factors*, si trova a decidere (nel merito dei contenuti della testimonianza, e cioè) non su di una questione di diritto ma su di una questione di fatto, la cui valutazione sarebbe rimessa in via esclusiva alla giuria. Si comprende adeguatamente la portata della questione se si considera come la testimonianza esperta sovente introduca una prova fondamentale per la risoluzione del caso: se il giudice escludesse tale materiale probatorio, ciò potrebbe portare alla prematura conclusione della causa attraverso il procedimento abbreviato di *summary judgement*²⁸⁹.

Nella medesima prospettiva si evidenzia come il giudice dovrebbe occuparsi delle questioni di fatto, nella fase preliminare del processo, solo al fine di decretare o no l'ammissibilità della prova (in modo da riferire ai giudici non professionisti solamente le testimonianze ritenute sufficientemente affidabili e fondate). Mai, invece, dovrebbe il giudice valutare la sufficienza della prova allo scopo di arrivare ad una particolare conclusione di merito, poiché in tal modo egli impedirebbe alla giuria di analizzare appieno la linea difensiva delle parti²⁹⁰. In sintesi, si teme che "*a strong judicial gatekeeper can come dangerously close to infringing upon the jury's traditional and constitutional obligation as the sole trier of fact*"²⁹¹.

-), nonché veri e propri poteri di iniziativa istruttoria (e.g. "*ordering the presentation of evidence early in the trial on a manageable issue that might, on the evidence, be the basis for a judgment as a matter of law under [...] or a judgment on partial findings [...]*": Rule 16(c)(2)(N)).

²⁸⁹ TELLUS INSTITUTE, *Daubert: the most influential Supreme Court ruling you've never heard of*, A Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy, a: www.defending-science.org/upload/Daubert-The-Most-Influential-Supreme-Court-Decision-You-ve-Never-Heard-Of-2003.pdf. Per il *summary judgement* si v. sopra nota 220.

²⁹⁰ C. STERLOCCHI, *La prova scientifica nell'esperienza statunitense. I criteri di affidabilità nelle elaborazioni post Kumho Tire (Pt. I)*, cit., p. 392.

²⁹¹ J.M. SCHUMM, *Precious little guidance to the "gatekeepers" regarding admissibility of nonscientific evidence: an analysis of Kumho Tire Co. V. Carmichael*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 2000, p. 866.

Quanto invece all'incidenza della prova scientifica sul ruolo del giudice togato quando egli opera come *trier of fact*²⁹² - siamo al secondo profilo cui avevamo fatto cenno -, i problemi sono di ordine simile a quelli appena visti con riguardo alla giuria, in quanto anche il giudice è di regola privo delle conoscenze necessarie ad un'adeguata valutazione delle prove scientifiche. Si ripropongono così in sede di valutazione della prova scientifica le medesime questioni che sorgono nella fase ad essa preliminare, allorché il giudice deve stabilire l'ammissibilità della prova, con l'aggravante che, nel dibattimento, è l'accertamento specifico dei fatti a doversi fondare proprio su tale prova. In altri termini, il giudice non deve solo controllare la correttezza dei metodi e delle procedure da cui derivano i dati scientifici in questione, ma deve pure, e soprattutto, determinarne lo specifico valore probatorio, formulando le necessarie inferenze inerenti ai fatti del caso concreto²⁹³. Al riguardo, e sulle medesime linee di quanto già osservato per la giuria, si è anche detto come, posto che sono le parti a raccogliere e presentare le prove e che esse saranno portate a dedurre esclusivamente elementi favorevoli alla loro posizione (e quindi, spesso, tra loro contrastanti), l'affidamento al giudice del delicato compito di scegliere quale interpretazione sia più credibile non sembra la scelta processuale più adatta ad affrontare giudizialmente valutazioni scientifiche complesse. A poco varrebbe, sotto questo profilo, la circostanza che il giudice, trovandosi a fronteggiare quotidianamente (e non occasionalmente, come accade per i giurati) materiale scientifico, abbia,

²⁹² La Rule 38 delle *Federal Rules of Civil Procedure* consente alle parti di chiedere che il processo venga celebrato innanzi alla giuria; in assenza di un'istanza in tal senso, il giudice togato si occuperà tanto dei profili di fatto quanto di quelli di diritto.

²⁹³ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 247.

almeno in teoria, la possibilità di accumulare gradualmente le conoscenze necessarie per maneggiarlo²⁹⁴.

Ecco perché taluno ha addirittura proposto di rimediare alla difficoltà di gestione della prova scientifica da parte dei giudici togati incrementando la loro specializzazione scientifica²⁹⁵. Poiché questi ultimi, si dice, dispongono già di una preparazione culturale superiore a quella del cittadino medio, è possibile aumentare le conoscenze facendo loro acquisire quelle necessarie per valutare correttamente le prove scientifiche. La proposta - è appena il caso di sottolinearlo - si basa però su di un presupposto difficile da dimostrare: ovvero che sia possibile mettere i giudici-*gatekeepers* in condizione di acquisire una preparazione scientifica tale da renderli capaci di decidere sulla *reliability* di ogni metodologia scientifica conosciuta, in quel luogo ed al tempo del giudizio, e da consentire loro di valutare adeguatamente ogni esperto che offra la propria testimonianza come prova²⁹⁶.

²⁹⁴ M.R. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit., p. 209; JONATHAN J. KOEHLER, *The Base Rate Fallacy Reconsidered: Normative, Descriptive and Methodological Challenges*, in *Behav. & Brain Sci.* 19, 1996, p. 6.

²⁹⁵ E. MELVILLE, *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999, p. 192; T. BALDAS, *Judges Going to School for Training in Science*, in *Nat'l L.J.* 24, July 2006, p. 6.

²⁹⁶ "Scientist [...] do not want to be castigated as hired guns": M.A. BERGER, *What has a decade of Daubert wrought?*, in *American Journal of Public Health*, cit., p. 64. L'autrice aggiunge che, secondo il RAND study (cit. sopra p. 74), le testimonianze escluse sono sensibilmente diminuite. Ciò può essere dovuto - sempre secondo l'autrice - a due motivi: da una parte è possibile che gli stessi avvocati abbiano oggi imparato a non offrire testimonianze di cui è palese il mancato rispetto dei criteri *Daubert*; dall'altra parte è altrettanto plausibile che essi abbiano altresì compreso l'opportunità di selezionare i casi da portare in giudizio in base alla conclusività e serietà delle consulenze degli esperti, così come alla possibilità che le somme di denaro azionate possano coprire i costi degli esperti e degli avvocati stessi (i quali, nei casi di *tort*, sono pagati sulla *contingent fee basis*). Ancora, si è osservato che gli stessi esperti potrebbero non accettare di buon grado l'intrusione di un giurista nel loro ambito professionale: "*scientists who have spent the greater portions of their professional lives wrestling with the complexities and mysteries of their disciplines must be amazed at the law's hubris in thinking that nonscientist judges can 'get up to speed' on a scientific dispute and ultimately decide who has the better of the argument*" (P. S. MILICH, *Controversial Science in*

Un'altra delle possibilità ventilate è che il giudice ricorra a strumenti processuali ulteriori per fondare su basi scientificamente valide le proprie valutazioni, ad esempio servendosi di esperti non di parte appositamente scelti ed acquisendo senza l'ausilio delle parti ogni altro contributo necessario per far luce sulla validità ed efficacia della *scientific evidence*²⁹⁷.

In questo scenario, il giudice dovrebbe poter controllare la preparazione degli esperti con il massimo rigore e verificare con scrupolo la correttezza delle tecniche di analisi. Affinché ciò avvenga - si sottolinea -, devono chiaramente essere elaborati dei criteri per il giudice del fatto, sia laico che togato, per sondare la validità scientifica dei metodi discussi avanti a lui, criteri che devono essere noti, analizzati, controllati ed impiegati effettivamente nel processo, nell'ammissione e nella valutazione della prova. "No one will deny that the law should in some way effectively use expert knowledge wherever it will aid in settling disputes. The only question is as to how it can do so best"²⁹⁸.

the Courtroom: Daubert and the Law's Hubris, in *Emory L. J.* 43, 1994, p. 919). Si è persino ipotizzato che l'esperto, consapevole che la sua testimonianza rischi di essere esclusa da convinzioni scientifiche del giudice non corrette o poco approfondite (così nella *decision on remand* di *Daubert* da parte del Judge Kozinski, Ninth Circuit) possa essere indotto ad evitare il proprio coinvolgimento nel processo: D. FAIGMAN ET ALII, *Modern Scientific evidence: the law and science of expert testimony*, cit., p. 172; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216 ss; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici : la regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 21 (trad. da *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1997).

²⁹⁷ C.L. MONTZ, *Trial Judges As Scientific Gatekeepers After Daubert, Joiner, Kumho Tire, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This ?*, cit., pp. 109-110; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 247.

²⁹⁸ Learned Hand, *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, in *Harv. L. Rev.* 15, 1901, p. 40.

3. Scientific Evidence in Inghilterra

1. Il problema della prova scientifica

L'aumento delle incursioni della scienza nelle corti non è un fenomeno esclusivamente americano. Anzi. Ancorché il corpo di regole e soluzioni sviluppate negli Stati Uniti su questo fronte sia senza dubbio assai più consistente di quello rinvenibile in altre esperienze, di *common law* e non, il problema della prova scientifica è ovviamente vivo pure altrove²⁹⁹.

Certo, resta indiscutibile il fatto che l'evoluzione più consistente della materia si è avuta sul continente americano, anche in ragione del ricorso molto frequente, da parte degli avvocati e delle corti statunitensi, alla prova scientifica. A sua volta, ciò può connettersi alla circostanza che spesso le nuove teorie scientifiche e tecnologie impiegate a sostegno della *scientific evidence* originano proprio dagli Stati Uniti, oppure nascono in luoghi diversi ma laggiù diventano oggetto di studio ed applicazione diffuso/a³⁰⁰. Potrebbe poi sostenersi che vi sia una relazione fra il tasso di utilizzo delle prove scientifiche e l'adesione ad uno schema processuale di stampo *adversarial*, che acuisce la necessità di individuare sostegni persuasivi ed oggettivamente convincenti – come vorrebbero essere le prove scientifiche – alle tesi sostenute in giudizio. Sia come sia, è sicuro che “U.S. legal culture, especially its frequent use of scientific evidence, is becoming globalized as novel scientific

²⁹⁹ S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, *The diffusion of scientific evidence: A comparative analysis of admissibility standards in Australia, Canada, England, and the United States, and their impact on social and behavioural sciences*, in *Expert Evidence: The International Digest of Human Behaviour, Science, and Law*, 4(3), 1996, p. 86.

³⁰⁰ Così come è accaduto per il DNA: S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, op. cit., p. 86.

ideas and evidence derived from new scientific ideas are diffused to other countries"³⁰¹.

Alla luce di quanto precede, la prima osservazione che possiamo fare in tema di prova scientifica in Inghilterra riguarda proprio il recente incremento, anche presso le corti inglesi, delle ipotesi di ingresso della scienza nel processo, civile e penale³⁰². A detto incremento ha ovviamente fatto seguito il sorgere di domande (che cercheremo di illustrare nei paragrafi seguenti) circa i rapporti tra scienza e diritto, domande che, sul piano della *law of evidence*, si traducono principalmente nel rapporto che deve intercorrere tra giudice ed esperto. In particolare, ci si è chiesti se il giudice sia in possesso degli strumenti per affrontare e comprendere la prova scientifica e le metodologie ad essa sottese o se, invece, egli necessiti di un bagaglio di conoscenze più approfondito; se i parametri di valutazione configurati per i *lay witness* possano dirsi adatti pure per la valutazione degli *expert witnesses*; e, ancora, se le norme disposte dalle *Civil Procedure Rules* rappresentino strumenti adatti per rispondere a tali istanze, o no³⁰³.

Occorre tuttavia fin da subito sottolineare come le risposte offerte ai quesiti appena ricordati, oltre che gli stessi meccanismi del sistema inglese, siano profondamente diversi da quelli che abbiamo incontrato nello studio dell'esperienza statunitense.

In Inghilterra il tema ha difatti ricevuto dalla dottrina civilistica³⁰⁴ un'attenzione marginale, dovuta forse alla scarsa importanza operativa che,

³⁰¹ S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, op. cit., p. 86.

³⁰² Parliamentary Office of Science and Technology, *Science in Court*, 2005, a: <http://www.parliament.uk/documents/post/postpn248.pdf>.

³⁰³ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999, p. 192.

³⁰⁴ La letteratura penalistica in materia è invece molto estesa, soprattutto perché nei procedimenti penali – a differenza di quanto accade sul versante civile – è ancora presente la giuria. Si v. ad esempio The Law Commission, *Expert Evidence in Criminal Proceedings in England and Wales*, The

sul fronte civile, ha l'istituzione processuale della giuria (ovvero la figura che tradizionalmente incontra i maggiori problemi nella valutazione delle testimonianze esperte), ed al fatto che non esiste in Inghilterra un assetto paragonabile al regime configurato dalla giurisprudenza nordamericana con la *Daubert Trilogy*³⁰⁵. In via preliminare possiamo notare come il diritto inglese si sia concentrato maggiormente sulla figura dell'esperto, piuttosto che sull'analisi delle metodologie da costui utilizzate nel raggiungimento delle proprie conclusioni³⁰⁶.

Risultato è che, all'ora attuale, in Inghilterra non esiste alcun test volto a filtrare le prove derivanti da tecniche e metodologie scientifiche. È a carico del giudice decidere volta a volta sull'ammissibilità della *scientific evidence* a seconda che questa appaia o no rilevante nel caso concreto, utilizzando cioè il parametro usuale nella valutazione delle prove nei processi di *common law*, ossia il test della *relevance* della prova in questione³⁰⁷.

Da un lato, questo assetto permette alle corti di dare spazio anche a tecniche e metodi ancora non completamente assestati nel panorama scientifico, superando così uno dei problemi più gravi sollevati dai criteri di *Daubert*³⁰⁸. Dall'altro lato, però, rimane irrisolta la questione della definizione dello

Stationery Commission, London, 2011, disponibile a: justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp190_Expert_Evidence_Consultation.pdf; P. ALLDRIDGE, *Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure*, in *Evidence & Proof*, 3, 1999; D. BERNSTEIN, *Junk Science in the United States and the Commonwealth*, in *Yale J Int'Law*, 21, 1996; A.S. ZUCKERMAN, *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

³⁰⁵ P. ROBERTS, *Tyres with a 'Y' : An English Perspective on Kuhmo Tire and its Implications for the Admissibility of Expert Evidence*, in *International Commentary on Evidence*, 1, 1999, p. 1, disponibile a: <http://www.bepress.com/ice/vol1/iss2/art5>.

³⁰⁶ D. BERNSTEIN, *Junk Science in the United States and the Commonwealth*, cit., p. 166.

³⁰⁷ A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, OUP, New York, 2010, p. 20; P. ROBERTS, op. cit., p. 1; S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, op. cit., p. 89.

³⁰⁸ Parliamentary Office of Science and Technology, op. cit., p. 1. Per *Daubert* si v. sopra cap. 2 par. 5.

standard di *reliability* che una prova deve possedere per poter essere accettata come tale da parte dell'organo giudicante³⁰⁹.

Questa diversità d'impostazione è parzialmente dovuta alle differenze che corrono fra le *litigation procedures* statunitensi ed inglesi. La prima e più stridente linea di frattura – sulla quale ci siamo già intrattenuti sopra³¹⁰ – è la possibilità che il *plaintiff* statunitense ha di decidere se far trattare o no il caso davanti alla giuria. Quanto qui merita aggiungere è che la giuria statunitense, oltre ad esprimere un verdetto sui fatti di causa, è competente anche nella liquidazione del risarcimento del danno, decisione sulla quale il giudice ha scarsa influenza, ed ancor meno controllo. Questa divisione di compiti chiaramente rende assai difficile, per il convenuto, stimare l'ammontare del risarcimento che potrebbe venir quantificato dalla giuria. In questo scenario, gli avvocati degli attori sono incentivati a tentare di ottenere con ogni mezzo la liquidazione della somma di denaro più alta possibile per i propri assistiti (ovvero, in un sistema che si basa sulle *contingency fees*, per se stessi), il che apre le porte alla ricerca di qualsiasi "esperto", più o meno credibile, disposto a testimoniare secondo i loro interessi. Al contrario, in Inghilterra è il giudice il soggetto competente a decidere sui fatti ed anche sull'ammontare del risarcimento. Il *defendant* inglese ha quindi modo di calcolare approssimativamente l'ammontare dei *damages*, tenendo conto della *Schedule of Damages* presentata al giudice dall'attore³¹¹, il quale a propria volta non è incentivato ad investire risorse nella ricerca di un esperto – o

³⁰⁹ Parliamentary Office of Science and Technology, *op. cit.*, p. 1.

³¹⁰ Vedi sopra cap. 1 parr. 6-7.

³¹¹ S. PEARL, G. LUXMOORE, D. A. COOPER, *The judge as gatekeeper - a US practice worth adopting*, in *New Law Journal*, 148, 1998, p. 974.

presunto tale - che possa, in qualsiasi modo, riuscire nell'impresa di convincere il giudicante³¹².

È probabilmente la distanza che separa le due esperienze su questo punto - ne abbiamo accennato poco sopra - a spiegare perché non sono stati elaborati nel diritto inglese dei filtri processuali volti a verificare la validità scientifica delle prove. Ecco quindi che il discorso, nei paragrafi immediatamente seguenti, si focalizzerà prevalentemente sugli aspetti che più hanno attirato l'attenzione dell'interprete inglese, a cominciare dal soggetto che funge da veicolo della scienza nel processo, ossia l'*expert witness*. L'illustrazione di alcune sentenze che hanno affrontato il tema dell'ammissibilità della *scientific evidence*, e la loro comparazione con i criteri elaborati negli Stati Uniti sarà invece oggetto dell'ultimo paragrafo.

Ci occuperemo quindi di inquadrare l'istituto della testimonianza esperta (par. 2), per poi vedere come esso si è evoluto a seguito della riforma delle *Civil Procedure Rule* del 1998 (par. 3). Daremo quindi conto dei principali problemi derivanti dalla mancanza di filtri per verificare la *reliability* dell'*expert evidence* (par. 4), valutando se la figura dell'*assessor* - il consulente del giudice -, proposta dalla Rule 35.15 delle *CPR*, possa rappresentare, o no, una valida soluzione (par. 5). Infine, ci porremo il quesito sull'opportunità che il giudice inglese possa prendere ad esempio i criteri elaborati oltre Atlantico (par. 6) ed esporremo alcuni casi inglesi che si centrano sull'ammissibilità dell'*expert evidence* che paiono proprio procedere in quella direzione (par. 7).

³¹² Il pericolo dell'esperto incompetente è ciò che poi rende necessaria la predisposizione di meccanismi processuali per escludere la *junk science*: S. PEARL, G. LUXMOORE, D. A. COOPER, op. cit., p. 974.

2. *L'expert witness in Inghilterra*

Delle origini dell'istituto si è già detto sopra³¹³. Quanto ora interessa approfondire è che, davanti alle corti inglesi, chiunque sia in grado di convincere il giudice circa le sue conoscenze e preparazione, e la loro utilità nel processo, può testimoniare in qualità di *expert witness*, senza che sia richiesta una specifica qualifica professionale³¹⁴. In buona sostanza, ciò significa che la competenza dell'esperto è garantita unicamente dal curriculum di costui, ossia dalla formazione che ha ricevuto e dagli impieghi che egli ha ricoperto prima di presentarsi avanti al giudice.

Proprio questo è il punto dove la tradizione di *common law* inglese si discosta maggiormente dal sistema statunitense: non esistono nel sistema inglese criteri paragonabili a quelli elaborati dalla giurisprudenza statunitense per definire un soggetto come 'esperto'³¹⁵. Così, è possibile che un soggetto senza qualifica di medico possa testimoniare in qualità di esperto sugli effetti della droga basandosi sulla propria esperienza personale³¹⁶, o, al contrario, è possibile che un medico professionista esperto in ferite non sia considerato sufficientemente qualificato per stabilire se è una ferita è stata causata da questa o quella causa³¹⁷.

Proprio a causa di tale elasticità nella definizione dell'esperto, non sorprende che il tema dell'*expert evidence* occupi una parte assai notevole dei dibattiti scolari e giurisprudenziali inglesi. Analizzeremo ora questi dibattiti più nel dettaglio, soffermandoci dapprima sui problemi sollevati dalle materie che devono/possono essere oggetto di testimonianza dell'esperto (ossia le cc.dd.

³¹³ Vedi sopra cap. 2 par. 3.

³¹⁴ A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, OUP, New York, 2010, p. 532.

³¹⁵ A. KEANE, *op. cit.*, p. 532.

³¹⁶ *R. v. Ibrahima* [2005] Crim. L.R. 887, CA.

³¹⁷ *R v. Inch* [1989] 91 Cr App R 51.

materie specialistiche, ambiti sui quali il giudice non dispone di una competenza specifica) e poi sulle questioni che si pongono con riguardo alla *reliability* dell'esperto, il quale, facendosi portatore degli interessi della parte dalla quale è stato chiamato, sostiene d'abitudine conclusioni della cui oggettività è ragionevole dubitare. Peraltro, segnaliamo fin d'ora come proprio questi problemi siano stati affrontati e recepiti nella riforma delle *Civil Procedure Rules*, della quale parleremo nel prossimo paragrafo.

Per quanto riguarda il primo profilo di cui intendiamo discutere, ovvero il tipo di conoscenza che l'esperto è chiamato a portare in giudizio, iniziamo con l'osservare come il concetto di *expert evidence* ha da sempre compreso al suo interno una grande varietà di discipline, con diversi gradi di specializzazione, tanto che si sottolinea come sarebbe "*a mistake to attempt to include all experts in one category*"³¹⁸. Anche a causa di tale ampiezza di ambiti applicativi, oltre che in ragione dell'inesistenza di poteri limitativi in capo al giudice, accadeva frequentemente che venisse utilizzato l'*expert witness* come prova anche quando questi non possedeva una reale esperienza, o una conoscenza superiore a quella che, della questione trattata, poteva avere un *lay-man* o lo stesso giudice³¹⁹. Gli svantaggi connessi a tale pratica sono resi ben evidenti dalle parole del giudice Stuart Smith nel caso *Liddell v. Middleton*, nel quale, di fronte ad una controversia riguardante un incidente automobilistico, le parti avevano presentato esperti la cui funzione era solo di riferire statistiche ufficiali, senza portare alcuna conoscenza che il giudice

³¹⁸ Parole del giudice Evans in *United Bank of Kuwait v. Prudential Property Services Ltd*, November 27, 1995, unreported.

³¹⁹ I.H. Dennis, *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2002, 2nd ed., 699. «*An expert's opinion is admissible to furnish the court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or a jury can form their own conclusions, without help, then the opinion of an expert is unnecessary*»: così il giudice Lawton LJ in *R.v. Turner* [1975] QB 834 (CA).

non fosse in grado di reperire autonomamente. Stuart Smith J, nell'occasione, criticò aspramente la scelta dei litiganti, aggiungendo le seguenti considerazioni: *"we do not have trial by expert in this country; we have trial by Judge. In my judgment the expert witnesses have contributed nothing to the trial in this case except expense"*³²⁰.

Affermazioni simili sono ricorrenti nella giurisprudenza inglese. Sostanzialmente la stessa opinione si legge, ad esempio, in *Hawkes (Darrell Grant) v. London Borough of Southwark*³²¹. La vicenda all'origine della lite coinvolgeva un operaio, che era precipitato dalle scale di un edificio mentre stava trasportando, da solo, una porta molto pesante, che avrebbe dovuto essere installata al terzo piano della costruzione. Venne chiamato un esperto per stabilire se tale mansione fosse adatta alle forze di un uomo solo o se invece richiedesse lo sforzo di più persone. Il giudice Henry sottolineò come il tema su cui era stato richiesto il parere dell'esperto toccasse una pura questione di fatto, che rientrava nell'esperienza di qualsiasi *lay-man*. Il giudice continuò evidenziando come l'approccio comune delle parti, di presentare un'*expert evidence* davanti alla corte anche quando ciò non era necessario per raggiungere la prova del fatto, fosse comprensibile nell'ottica *"better safe than sorry"*³²², ma al contempo si augurò che, nelle imminenti riforme³²³, fosse concessa al giudice la facoltà di assicurare che gli esperti fossero chiamati solo quando necessario. Di fatto, come vedremo meglio nel paragrafo che segue, questa istanza venne accolta dalla riforma Woolf tramite la concessione al giudice di ampi poteri di gestione dell'*expert*

³²⁰ *Liddell v. Middleton* [1996] P.I.Q.R., 36.

³²¹ *Hawkes (Darrell Grant) v. London Borough of Southwark*, February 20, 1998, Court of Appeal unreported.

³²² *Hawkes (Darrell Grant) v. London Borough of Southwark*, February 20, 1998, Court of Appeal unreported.

³²³ Ossia la riforma Woolf delle *Civil Procedure Rules*, su cui vedi *infra* par. 3.

evidence. Tuttavia, vale la pena di anticiparlo fin d'ora, tali riforme hanno creato, e lasciato insolute, nuove domande, come ad esempio quelle riguardo l'esistenza, o no, della facoltà, per il giudice, di decidere, nella fase preliminare al processo³²⁴, se utilizzare l'*expert evidence*, nonché della sua competenza, durante il *trial*, di valutare senza l'ausilio di assistenti i concetti scientifici e tecnici oggetto della testimonianza degli esperti³²⁵.

Altro profilo di problematicità veniva dal fatto che l'*expert evidence* era – come in tutti sistemi *adversarial* – strumento di parte, poiché l'esperto tipicamente entrava in giudizio in virtù del *duty* (contrattuale) che lo legava alla parte che aveva richiesto, e remunerava, la sua testimonianza davanti alla corte³²⁶. Era di conseguenza diffusa, anche in giurisprudenza, l'opinione che il processo fosse un campo popolato da "*partisan, or tame experts, manipulated by the lawyers to achieve a winning team*"³²⁷. I giudici notavano che "*a judge need not always give reasons for preferring the evidence of one expert witness over another [...]. In such matters experts sometimes take positions extreme and favouring the side paying them*"³²⁸, e mettevano sovente in discussione la funzione stessa dell'esperto, visto tendenzialmente come *hired-gun*, mercenario pronto a perorare ad ogni costo gli interessi della parte che lo

³²⁴ Vedi infra par.3 .

³²⁵ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 183. Vedi anche infra par. 5.

³²⁶ L. BLOM-COOPER, *Experts and assessors: past, present and future*, in C.J.Q. 21, Oct. 2002, p. 343.

³²⁷ C. JACKSON, *The uses and abuses of experts and their evidence*, in J.P.I.L., 2000, p. 19. La giurisprudenza in tema di valutazione della funzione degli esperti è sterminata, tuttavia particolarmente famosa è questa affermazione di Sir George Jessel M.R.: "*I very much distrust expert evidence, for several reasons. In the first place, although the evidence is given upon oath, in point of fact the person knows he cannot be indicted for perjury, because it is only evidence as to a matter of opinion. (...) But that is not all. Expert evidence of this kind is evidence of persons who sometimes live by their business but, in all cases are remunerated for their evidence. An expert is not like an ordinary witness, who hopes to get his expenses, but he is employed and paid in the sense of gain, being employed by the person who calls him. Now it is natural that his mind, however honest he may be, should be biased in favour of the person employing you and adequately remunerate you*": Lord Abinger v Ashton (1873-74) L.R. 17 Eq. Cas. 358.

³²⁸ Margaret Lakey v. Merton Sutton and Wandsworth Health Authority [1999] EWCA Civ 704.

aveva assolto³²⁹. Impressioni che il comportamento degli esperti tendeva a rafforzare. In *Vernon v. Bosley*³³⁰, ad esempio, un giudice della *Court of Appeal* si era lamentato dell'irresponsabilità degli esperti del *plaintiff*, che, in due diversi procedimenti e a diversi fini, avevano espresso due opinioni discordanti in merito alla prognosi sulla salute mentale del medesimo soggetto³³¹.

La giurisprudenza, insomma, caldeggiava l'introduzione di standard di oggettività per i testimoni esperti, e l'instaurazione di uno spirito collaborativo più marcato tra le parti e le corti stesse. Si era così stabilizzato un indirizzo giurisprudenziale che richiedeva che l'esperto dovesse fornire un'assistenza oggettiva alla corte, senza mai assumere una funzione equiparabile a quella dell'avvocato³³². Le corti imponevano così all'esperto requisiti volti a garantirne l'indipendenza, come la condizione che egli non si trovasse in una situazione di conflitto di interesse con le parti³³³. In *Liverpool Roman Catholic Archdeacon Trustees Inc v. Goldberg*³³⁴, perciò, non venne

³²⁹ L. BLOM-COOPER, op. cit., p. 343.

³³⁰ *Vernon v. Bosley*, no. 1 [1997] 1 All ER 577. In questa controversia il *plaintiff* chiese - e gli venne concesso dalla High Court - il risarcimento del danno da *nervous shock*, per aver dovuto assistere agli inutili tentativi dei soccorritori di salvare le figlie, rimaste vittime di un incidente stradale. Queste erano infatti rimaste intrappolate nell'automobile della loro baby-sitter, che era uscita di strada e finita dentro un fiume; le due bambine erano annegate. Durante l'escussione probatoria, i due esperti - uno psichiatra ed uno psicologo - dell'attore fornirono la loro *oral evidence* al riguardo, descrivendo la gravità delle condizioni di costui e le sue ridotte chances di recupero. Il punto era però che quei medesimi esperti - nella precedente lite di divorzio che aveva coinvolto lo stesso attore e la sua consorte, e nella quale si era discusso dell'affidamento dei figli sopravvissuti - avevano formulato davanti al giudice una prognosi sulla ripresa psicologica del loro cliente molto più ottimistica di quella sostenuta nella causa per *personal injury*.

³³¹ *Vernon v. Bosley*, no. 1 [1997] 1 All ER 577, Judgment 2, Evans L.J., dissenting opinion.

³³² *National Justice Compania Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd* ('the Ikarian Reefer') [1993] 2 Lloyd's Rep 68. Vedi anche sopra nota 335.

³³³ La presenza di un conflitto di interesse dell'esperto non è tuttavia mai stata considerata una ragione sufficiente per escludere la prova: *Toth v. Jarman* [2006] EWCA civ 1028. Si v. anche A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, OUP, New York, 2010, p. 533.

³³⁴ *Liverpool Roman Catholic Archdeacon Trustees Inc v. Goldberg* [2001] 1 WLR 2337, Ch D.

ammessa la prova tramite un esperto che era un buon amico del convenuto, dal quale appunto era stato chiamato. Sebbene non ci fosse alcuna norma giurisprudenziale né legislativa che escludesse l'*expert evidence* per un motivo del genere, si ritenne che un rapporto di amicizia potesse naturalmente condurre alla distorsione dell'opinione dell'esperto a favore della parte che l'aveva prescelto. Ciò che premeva di più era quindi che l'*expert evidence* presentata davanti al giudice fosse "*the independent product of the expert, uninfluenced as to the formal content by the exigencies of litigation*"³³⁵.

Tale profilo è stato chiarito dalle riforme delle *Civil Procedure Rules*, che, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, hanno posto in luce come l'esperto debba rivestire una posizione indipendente ed autonoma rispetto a (gli interessi dell)a parte che lo ha ingaggiato³³⁶.

Il comune denominatore delle riflessioni riportate qui sopra, vale a dire la necessità di introdurre l'*expert evidence* solo quando essa apparisse utile a risolvere problemi irrisolvibili tramite le sole conoscenze del giudice e che l'esperto fosse indipendente rispetto alle parti, ha avuto come conseguenza ovvia la predisposizione di regole chiare a disciplina dell'istituto dell'*expert evidence*, reputato sì lo strumento fondamentale per la risoluzione delle controversie coinvolgenti materie tecniche e scientifiche, ma anche una potenziale fonte di pericolose distorsioni nei suoi utilizzi processuali. Tali esigenze hanno appunto trovato seguito nella *Rule 35* delle riformate *Civil Procedure Rules* del 1998, che sarà oggetto di trattazione qui di seguito.

³³⁵ *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 All ER 267.

³³⁶ Vedi infra par. 3.

3. *L'expert evidence dopo la riforma Woolf*

Come abbiamo visto poco fa, il tema dell'*expert witness* nel diritto inglese non ha ricevuto una trattazione da parte della giurisprudenza comparabile a quella apprestata dalle corti statunitensi. È spettato allora al legislatore configurare le linee generali dell'istituto. Uno dei tratti salienti della riforma Woolf delle *Civil Procedure Rules (CPR)* del 1998³³⁷, di per sé riferita a tutto il processo civile, è stata proprio la modifica delle regole in tema di *expert evidence* nei processi civili. Nelle prassi fino a quel momento diffuse in materia di *expert evidence*, le cui ricadute erano accentuate dalla generale *culture of confrontation* che accompagnava il ricorso ad esperti³³⁸ e dalle problematiche riguardo il "doppio dovere dell'esperto" (da una parte verso il cliente dall'altra verso la corte³³⁹), si era difatti individuata una delle tante cause di moltiplicazione dei costi e dei tempi processuali³⁴⁰.

La riforma apportata alla figura dell'esperto dalla *Rule 35* ruota attorno a tre direttrici principali: (i) innanzitutto, l'utilizzo degli esperti è posto sotto il completo controllo della corte. Nessuna parte può, senza il consenso del giudice, utilizzare l'*expert evidence* (*Rule 35.4*). Ciò significa che le parti non sono più libere di chiamare quanti esperti desiderano; (ii) uno dei principali doveri dell'esperto è di aiutare la corte a giungere alla corretta decisione in merito ai profili che rientrano nella sua competenza, non potendo perciò egli farsi portatore dell'interesse del suo cliente soltanto (*Rule 35.3*); (iii) le norme

³³⁷ Vedi sopra cap. 1 parr 1 e 7.

³³⁸ N. ANDREWS, *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in *Civil Justice Quarterly*, 19, 2000, p. 19.

³³⁹ BLOM-COOPER L., op. cit., p. 343.

³⁴⁰ H. WOOLF, *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Stationery Office Books, London, 1996, disponibile a <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>.

promuovono la cooperazione tra le parti nella scelta degli esperti – anche prima dell’inizio del processo – ed incoraggiano l’uso di *joint experts* ogniqualvolta sia possibile³⁴¹.

Vista l’importanza della riforma per la figura dell’*expert evidence*, merita qui ricordare le sue novità più significative, dopo aver premesso alcuni dati sulla fase processuale in cui le prove vengono ammesse dal giudice. Infatti, le norme in tema di *expert* che vedremo tra poco si applicano in quella fase processuale successivo all’*allocation* della causa nei c.d. *tracks*³⁴², ed antecedente al *trial* vero e proprio³⁴³. C’è da dire che, in tutte le cause di minor valore (dove tendenzialmente non sono coinvolte testimonianze di esperti), il *case management* assorbe la necessità di effettuare *pre-trial hearings*, in quanto si ritiene che le facoltà conferite al giudice dalla Rule 3³⁴⁴ siano sufficienti per dirigere il caso dalla sua *allocation* alla decisione finale³⁴⁵. Invece, qualora si tratti di materie complesse o di valore considerevole (dove quindi potrebbe essere necessario l’intervento degli *experts*), il giudice sarà portato a fissare una o più *case-management conferences* per il vaglio delle prove - secondo le *Rules* che vedremo tra poco -³⁴⁶. Così, solo quando la parte avrà ottenuto la *permission* della corte di presentare la prova che richiede, questa potrà poi essere debitamente assunta durante il *trial*.

³⁴¹ A. ZUCKERMAN, *On Civil Procedure: Principles of Practice*, Thomson - Sweet & Maxwell, London, 2006, p. 713.

³⁴² S. SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, p. 243. In particolare, le *directions* del giudice in tema di *expert witness* si hanno nei casi di *fast-track* o *multi-track*, che sono quelli in cui il valore della causa è maggiore: S. SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 319.

³⁴³ S. SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, cit., p. 416.

³⁴⁴ Vedi sopra nota 41.

³⁴⁵ J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 57.

³⁴⁶ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *Science, Judges, Experts and the New Rules*, cit., p. 191.

In particolare, la *Rule 32.1* delle *CPR* prevede che la corte possa “*control the evidence*” disponendo istruzioni (a) sugli *issues* che necessitano di prova, (b) sul tipo di prova necessaria per decidere quel determinato *issue* e (c) sul modo in cui la prova deve essere presentata alla corte. Inoltre, la *Rule 32.2* conferisce il potere alla corte di “*exclude evidence that would otherwise be admissible*”.

Torniamo ora alle norme specifiche in materia di esperti. Innanzitutto, la *Rule 35.1* delle *CPR* limita l'*expert evidence* ai casi in cui essa è ‘*reasonably required*’ per risolvere la controversia. Inoltre, essa introduce il dovere dell’esperto di assistere la corte nelle materie in cui egli ha esperienza. Questo significa che il *duty* dell’esperto nei confronti del giudice supera qualsiasi obbligo che questi abbia nei confronti del soggetto che l’ha scelto e remunerato³⁴⁷. Peraltro, tale profilo riceve ulteriore conferma dal fatto che i report scritti degli esperti non sono indirizzati alle parti, bensì direttamente alla corte. L’intenzione del legislatore, di oggettivizzare la condotta degli esperti e di

³⁴⁷ *Rule 35.3 CPR*. A. KEANE, *The Modern Law of Evidence*, OUP, New York, 2010, p. 538. La *Rule 35.1* si sovrappone a quanto era stato detto in *National Justice Compania Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd* (‘the Ikarian Reefer’) [1993] 2 Lloyd's Rep 68 (vedi anche sopra nota 332) e in *Re AB (child abuse: expert witnesses)* [1995], 1 FLR 181 (vedi infra nota 411) sul ruolo dell’esperto. “1. *Expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation.* 2. *An expert witness should provide independent assistance to the court by way of objective, unbiased opinion in relation to matters within his expertise--An expert witness in the High Court should never assume the role of an advocate.* 3. *An expert witness should state the facts or assumptions upon which his opinion is based. He should not omit to consider material facts which could detract from his concluded opinion.* 4. *An expert witness should make it clear when a particular question or issue falls outside his expertise.* 5. *If an expert's opinion is not properly researched because he considers that insufficient data is available, then this must be stated with an indication that the opinion is no more than a provisional one. In cases where an expert witness, who has prepared a report, could not assert that the report contained the truth, the whole truth and nothing but the truth without some qualification, that qualification should be stated in the report.* 6. *If, after exchange of reports, an expert witness changes his view on a material matter having read the other side's expert's report or for any other reason, such change of view should be communicated (through legal representatives) to the other side without delay and when appropriate to the court”*: *National Justice Compania Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd* (‘the Ikarian Reefer’) [1993] 2 Lloyd's Rep 68, 81-82.

imporre loro precisi standard di condotta, è provata dalla raccomandazione³⁴⁸ di inserire la c.d. *Woolf Declaration* nei report degli esperti: “*At the time of signing the report I consider it to be complete and accurate. I will notify those instructing me immediately and confirm in writing if, for any reason, my existing report requires any correction or qualification*”.

Il potere della corte di restringere l'*expert evidence* è governato dalla *Rule 35.4*, che chiarisce appunto come alle parti sia vietato di chiamare un esperto senza che vi sia il permesso della corte. In questo caso, dovranno essere indicati tanto la materia in cui è richiesta l'*expert evidence* quanto, se è possibile, il nome dell'esperto stesso. La disposizione è volta ad evitare le pratiche antecedenti li CPR, in virtù delle quali le parti erano solite presentare una “*large shopping list of expert*”³⁴⁹ per poi scegliere durante il processo quali soggetto far testimoniare davanti al giudice³⁵⁰. Lord Woolf aveva chiarito che, limitando e controllando l'*evidence* esperta, si sarebbe risparmiato molto in termini di costi e ritardi³⁵¹.

Scortata dalle nuove norme è pure la regola secondo la quale, nel caso venga ammessa l'*expert evidence*, questa si deve svolgere tramite lo scambio di report, piuttosto che attraverso la testimonianza innanzi al giudice. Così, la *Rule 35.5* prevede che l'*expert evidence* sia fornita in forma scritta alla corte, a meno che questa non disponga altrimenti. Inoltre, in alcuni casi³⁵² è stabilito che la corte può rifiutare l'esposizione orale della *expert evidence*, a patto che gli ‘interessi della giustizia’ non richiedano tale tipo di testimonianza³⁵³. La

³⁴⁸ H. WOOLF, *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, op. cit.

³⁴⁹ C. JACKSON, *op. cit.*, p. 20.

³⁵⁰ C. JACKSON, *op. cit.*, p. 21.

³⁵¹ H. WOOLF, *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, op. cit.

³⁵² Ossia nei casi di *fast-track*. Vedi infra note 361 e 373.

³⁵³ C. JACKSON, *op. cit.*, p. 29.

Rule 35.10 esplicita poi alcune dichiarazioni che devono essere contenute nel report dell'esperto, in primis quella che chiarisce che l'esperto ha compreso i suoi doveri nei confronti della corte e che li rispetterà. Sempre in tema di report, la *Rule 35.11* impone alle parti di depositare le relazioni al momento della *discovery* a pena di non poterle usare durante il *trial* né di poter chiamare l'esperto che le ha redatte a testimoniare, salvo che su apposito permesso della corte.

Una delle novità più importanti della riforma riguarda l'indipendenza dell'esperto³⁵⁴. Sebbene gli esperti siano sempre chiamati dalle parti, essi sono comunque tenuti a fornire la loro opinione in una prospettiva oggettiva, ponendo il loro dovere nei confronti della corte davanti agli obblighi che essi hanno verso le parti. Difatti, la *Rule 35.3 (Expert - Overriding duty to the Court)* prevede esplicitamente che: "(1) *It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise; (2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid*".

È proprio la nozione di *independent expert* a costituire uno dei punti di contrasto più marcati rispetto a quella dell'*expert witness* di matrice statunitense, ove la scelta del consulente ad opera degli avvocati di parte implica anche la direzione delle interpretazioni fornite dall'esperto circa le specifiche circostanze della controversia e la conseguente caratterizzazione di questo tipo di prova come uno strumento di difesa, piuttosto che come un mezzo di ricerca della verità³⁵⁵. La figura dell'*independent expert*, sotto questo profilo, presenta evidenti analogie, piuttosto che con il modello del *expert witness* statunitense, con i meccanismi di acquisizione al processo di

³⁵⁴ Vedi sopra par. 2.

³⁵⁵ A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, cit., pp. 1156 ss.

conoscenze tecniche e scientifiche tipici dell'esperienza europeo-continentale³⁵⁶.

Accanto all'indipendenza dell'esperto, un'altra novità fondamentale è rappresentata dalla *Rule 35.7*, che disciplina la figura del *single joint expert*. Infatti, qualora due o più parti desiderino presentare *expert evidence* su di un particolare tema, è facoltà della corte decidere che la prova su questo venga data da un *single joint expert* (*Rule 35.7*). Come regola generale, si ritiene che sarebbe sempre bene se le parti si accordassero tra loro su di un *joint expert* invece che incaricare ciascuna uno proprio³⁵⁷. Qualora le parti non riescano a trovare un accordo nella scelta dell'esperto, la corte può sceglierne uno da una lista sottopostagli dalle parti³⁵⁸ ovvero dare ad entrambe istruzioni su come l'esperto dovrà essere selezionato³⁵⁹. È chiaro che la *Rule 35.7* non esclude del tutto la possibilità che le parti nominino un singolo esperto, ma è vero che la nomina congiunta è vista, nell'ottica della riforma, come l'obiettivo principale per limitare le spese (perché c'è un solo esperto) e porre le parti in una situazione di uguaglianza (perché quell'esperto dipende in egual misura da entrambe)³⁶⁰. Tuttavia è anche indubbio che il giudizio sulla superfluità di plurimi esperti dipende grandemente, anche nel sistema disegnato dalla *Rule 35.7*, dal valore e dalla complessità della causa³⁶¹, oltre che dalla oscurità delle materie coinvolte.

³⁵⁶ A. DONDI, *op. cit.*, 2001, p. 1165. In particolar modo l'Autore rileva analogie con la figura dell'*expertise* francese.

³⁵⁷ A. KEANE, *op. cit.*, p. 546.

³⁵⁸ Nelle *Practice Direction* delle CPR, *Annex C* viene specificato che la parte che richiede l'*Expert evidence* deve consegnare all'altra una lista con indicato il nome di uno o più esperti e l'altra, entro 14 giorni è tenuta ad indicare le osservazioni sulla lista stessa per individuare uno o più esperti cui è possibile conferire l'incarico.

³⁵⁹ *Rule 35.7* CPR.

³⁶⁰ A. KEANE, *op. cit.*, p. 546.

³⁶¹ Solitamente la nomina di due esperti è concessa nei *multi-track cases*, mentre ciò avviene di rado nei *fast-track claims*: A. KEANE, *op. cit.*, p. 546.

Possiamo portare qualche esempio di come i giudici inglesi intendano con flessibilità la preferenza legislativa per la nomina di un esperto congiunto. Il caso *Oxley v. Penwarden*³⁶² verteva sulla mancata diagnosi di un'ischemia vascolare alla gamba del *plaintiff*, omissione che aveva condotto all'amputazione dell'arto. La decisione di primo grado, di incaricare un *single joint expert* onde valutare la relazione causale fra il mancato riscontro della malattia e la perdita della gamba, venne riformata in sede d'appello, poiché la *Court of Appeal* ritenne inopportuno nominare un singolo esperto in un caso coinvolgente un problema medico sul quale vi erano differenti scuole di pensiero.

Ancora, in *Peet v. Mid Kent Healthcare Trust*³⁶³ - un altro caso di *medical negligence* -, l'oggetto dell'appello verteva sulla nomina di un *single joint expert* per la quantificazione del risarcimento dovuto da parte di un medico negligente. Qui la *Court of Appeal* si soffermò a notare come, nonostante che gran parte dei casi attinenti soltanto al *quantum* del risarcimento potessero essere trattati da un esperto singolo invece che da plurimi esperti chiamati da ogni parte, questa soluzione non fosse opportuna nei casi di responsabilità medica visto che il caso specifico riguardava una patologia molto particolare e trattamenti sanitari altamente specialistici³⁶⁴. Sulle medesime linee, in *ES v. Chesterfield & North Derbyshire Royal Hospital NHS Trust*³⁶⁵, la *Court of Appeal* ha concesso all'attrice (una bambina nata con problemi di paralisi cerebrale) di chiamare due esperti in ostetricia, riformando l'ordine del giudice di primo grado che ne aveva concesso solo uno per parte. La Corte di secondo

³⁶² *Oxley v. Penwarden* [2001] Lloyd's Rep Med 347, CA; *Casey v. Cartwright* [2007] 2 All ER 78, CA.

³⁶³ *Peet v. Mid Kent Healthcare Trust* [2002] 1 WLR 210, CA.

³⁶⁴ In particolare, la causa verteva sul risarcimento del danno per diligenza medica che aveva causato gravi danni cerebrali a due neonati gemelli, paralizzati in tutti e quattro gli arti: *Peet v. Mid Kent Healthcare Trust* [2002] 1 WLR 210, CA.

³⁶⁵ *ES v. Chesterfield & North Derbyshire Royal Hospital NHS Trust* [2003] EWCA Civ 1284.

grado ha motivato la riforma della sentenza di merito – oltre che in base al valore della causa, che ammontava a circa 1.5 milioni di sterline – argomentando che sarebbe stato inevitabile che i medici responsabili dell’inausta nascita e chiamati come meri testimoni dal *defendant* (ossia l’ospedale), avessero fornito il loro parere professionale su quanto accaduto durante il parto.

A fronte di quest’analisi delle principali *CPR* in tema di *expert* oggetto di riforma, alcuni punti fermi possono essere tracciati.

È innegabile che la nuova configurazione delle *CPR* ha chiarito la posizione dell’esperto entro il processo civile. Numerose restano però le questioni lasciate insolute. *In primis*, resta vivo il timore degli operatori rispetto all’abilità delle corti a trattare complessi temi scientifici o tecnici, e ciò ancor più a seguito delle nuove *Civil Procedure Rules*. Infatti, le nuove facoltà concesse dalle riformate *CPR* alla corte (in specie, di determinare la natura e lo scopo delle *expert witnesses* richieste dalle parti) sembrano a taluni esagerate, considerando che nessun provvedimento è stato preso per migliorare la preparazione dei giudici nella valutazione delle metodologie scientifiche o delle prove scientifiche³⁶⁶.

Altre critiche si appuntano sulla facoltà, concessa al giudice concessa dalle *CPR*, di limitare l’uso ed il numero di esperti, in quanto si teme che in tal modo le possibilità per gli avvocati di fornire un quadro soddisfacente di discipline delicate vengano precluse, o comunque grandemente ridotte³⁶⁷.

Le *CPR* hanno poi lasciato il giudice privo di indicazioni circa le modalità tramite le quali comparare le opinioni di diversi esperti, entrambe/i dotate/i di alta credibilità. Alcuni autori hanno persino proposto, sulla falsa riga di

³⁶⁶ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999, pp. 183 e 192.

³⁶⁷ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 192.

analoghe osservazioni statunitensi, di superare il problema migliorando la preparazione scientifica dei giudici³⁶⁸. Altri hanno invece osservato che gli accertamenti richiesti alle corti riguardo le prove scientifiche non sono molto diversi da quelli che le corti eseguono abitualmente quando ascoltano e giudicano le testimonianze dei *lay witnesses*³⁶⁹. Così, in *Ransom v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd*, ove si discuteva in merito alla possibilità di riferire la necrosi delle ossa del *plaintiff* alla mancata adozione di certe misure di sicurezza nel cantiere edile ove il primo lavorava, il giudice Cusack si soffermò sull'analisi dei report degli esperti, ricordando che, "*although there are medical issues in this case any judgment upon them by me only constitutes a decision made upon such evidence as has been presented in this court and my judgments is made in accordance with the ordinary rules applicable to civil litigation*"³⁷⁰. Egli quindi sostenne che il giudice non deve calarsi nei panni dello scienziato fornendo una decisione che possa avere qualche rilievo nella comunità scientifica di riferimento, ma semplicemente applicare le normali regole di valutazione delle prove per la soluzione della controversia³⁷¹.

Oltre alla proposta di dotare il giudice di conoscenze scientifiche, si è anche sostenuto che la mancanza di preparazione tecnica del giudice potrebbe in parte essere risolta tramite la nomina degli *assessors* - consulenti del giudice, di cui parleremo ampiamente al par. 5 -, sempre che questi forniscano alle corti solo gli strumenti utili alla comprensione della metodologia scientifica in discussione, e non traggano invece inferenze al posto del giudicante, sostituendosi a costui³⁷².

³⁶⁸ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 192.

³⁶⁹ *Ransom v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.*, 11 KIR 141.

³⁷⁰ *Ransom v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.*, 11 KIR 141.

³⁷¹ *Ransom v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.*, 11 KIR 141.

³⁷² L. BLOM-COOPER, *Experts and assessors: past, present and future*, in C.J.Q. 21, Oct. 2002, pp. 350 ss; J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 191. Vedi infra par. 5.

Infine, resta il fatto che il buon funzionamento della *Rule 35* si basa su un presupposto molto importante, ossia che l'esperto sia un soggetto competente che presenta alla corte una valida teoria scientifica³⁷³. Tuttavia, il punto è che, entro le riformate *CPR*, non vi è alcun *reliability test* per disciplinare l'ammissibilità dell'*expert evidence* e l'unico indicatore a disposizione del giudice rimane quello della rilevanza della prova. Sono in molti - come vedremo meglio al par. 6 - a ritenere che sarebbe opportuno delineare dei criteri per il vaglio della qualificazione degli esperti, magari prendendo ad esempio proprio l'esperienza nordamericana.

4. *L'assenza di filtri nella valutazione dell'esperto*

Come abbiamo detto sopra, il nodo cruciale dell'istituto della prova scientifica concerne le modalità tramite le quali assicurarsi che l'esperto sia in effetti un professionista affidabile. Negli Stati Uniti questo profilo è risolto dalle linee guida emerse dalla *Daubert Trilogy*. In Inghilterra non esiste un equivalente *reliability test* e sia le *CPR* che il *Protocol for the Instruction of Experts* (che è una sorta di guida dell'*Academy of Experts* per comprendere meglio le disposizioni della *Rule 35*)³⁷⁴ tacciono sul punto.

³⁷³ La competenza dell'esperto diviene un punto essere cruciale soprattutto in caso di *single join expert*. Alcuni Autori sostengono che il parere fornito da un solo esperto diviene accettabile solo nei casi di contenzioso minore (appartenente ai *fast track* di cui alla *Rule 26.1 CPR*, su cui si v. ad esempio V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 295 ss.), nel quale le conseguenze economiche non sono di grande peso: C. JACKSON, *op. cit.*, p. 21.

³⁷⁴ La guida è disponibile a: http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf.

Proseguiamo ora con riflessioni ulteriori. In prima battuta, si può osservare come gli stessi avvocati siano i soggetti collocati nella posizione migliore per controllare la qualifica dell'esperto. È poi il paragrafo 3.1 delle *Practice Directions* alla *Rule 35* - allegate alle *CPR* - a prevedere che, nel report, l'esperto fornisca dettagli (che potrebbero aiutare il giudice nel pronunciarsi) sulle sue qualifiche professionali, dati che devono essere commisurati alla natura complessità del caso, ma che in generale si ritiene debbano riguardare primariamente il numero delle pubblicazioni o di analoghi indici *peer reviewed* e, solo successivamente, l'esperienza del soggetto³⁷⁵.

Sempre nella prospettiva di individuare criteri utili alla valutazione della professionalità dell'esperto, non bisogna dimenticare che in Inghilterra esistono diverse associazioni professionali che rappresentano gli *expert witnesses* e che tengono un registro dei loro iscritti. In tal modo si cerca di garantire le professionalità degli esperti facenti parte dell'organizzazione, tramite la certificazione delle loro competenze e il rispetto di codici di condotta³⁷⁶.

L'organo sicuramente più importante è rappresentato dal *Council for the Registration of Forensic Practitioners (CRFP)*. Questo è stato descritto dalla *House of Commons Science and Technology Select Committee (S&T Committee)*³⁷⁷ come il meccanismo più idoneo ad assicurare la qualità degli esperti, tanto che si è suggerito di riunire nel *CRFP* tutte le organizzazioni di esperti in *forensic sciences*³⁷⁸. Il *S&T Committee* ha suggerito persino di rendere

³⁷⁵ C. JACKSON, *op. cit.*, p. 21.

³⁷⁶ Tra le più importanti, l'*Academy of Experts*, il *Council for the Registration of Forensic Practitioners*, l'*Expert Witness Institute*, il *Forensic Science Society*.

³⁷⁷ Organo governativo che si occupa di analizzare ogni attività istituzionale che coinvolge materie scientifiche, ingegneristiche tecnologiche e di ricerca, <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/science-and-technology-committee/>.

³⁷⁸ Lord Justice Auld, *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, September 2001, a:

obbligatoria l'iscrizione al *CRFP* per tutti gli esperti che si occupano principalmente di fornire la propria opera nella aule di tribunale³⁷⁹. Tali proposte, tuttavia non sono mai andate in porto, in quanto il Governo ha ritenuto inopportuno incaricare un'unica organizzazione privata di tale compito³⁸⁰.

Sul punto, la *House of Commons Science and Technology Select Committee*, in un report di analisi dello stato dell'arte dell'uso della scienza nel processo, aveva persino raccomandato l'istituzione di un *Forensic Sciences Advisory Council*, incaricato di supervisionare il mercato della *forensic science*, nonché fornire suggerimenti in merito indipendenti ed imparziali³⁸¹.

A parere dello *S&T Committee*, "*one of the first tasks of the Forensic Science Advisory Council [would] be to develop a "gate-keeping" test for expert evidence. This should be done in partnership with judges, scientists and other key players in the [...] justice system, and should build on the US Daubert test*"³⁸².

Infine, scarso successo ha avuto anche il suggerimento, di natura diversa ma tendente al medesimo fine - migliorare la preparazione degli esperti - di stanziare fondi pubblici per agevolare la formazione di costoro³⁸³, misura che avrebbe avuto anche il vantaggio di creare incentivi economici contro la riluttanza di molti professionisti e scienziati a prestare la loro opera in qualità di *expert witness* in tribunale³⁸⁴. Quest'ultima tendenza è difatti assai diffusa,

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.criminal-courts-review.org.uk/ccr-11.htm>.

³⁷⁹ *Forensic Science on Trial, Report of the House of Commons Select Committee on Science and Technology*, 2005, p. 76 a: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmsselect/cmsstech/96/96i.pdf>.

³⁸⁰ *Forensic Science on Trial, op. cit.*, p. 76.

³⁸¹ *Parliamentary Office of Science and Technology, op. cit.*, p. 4.

³⁸² *Forensic Science on Trial, op. cit.*, p. 76.

³⁸³ *Forensic Science on Trial, op. cit.*, p. 65. Tuttavia, il Governo ritenne che la formazione dei professionisti dovesse rimanere totale responsabilità degli ordini professionali.

³⁸⁴ *Parliamentary Office of Science and Technology, op. cit.*, p. 3.

specialmente nell'area medica, in parte per motivi di interesse corporativo, in parte per il danneggiamento all'immagine che il professionista rischia a causa delle eventuali notizie e valutazioni fornite dai media in merito ai processi³⁸⁵.

Sull'opportunità dell'adozione in Inghilterra dei test di ammissibilità sviluppati dalla giurisprudenza americana torneremo nel paragrafo 6, dopo aver delineato i caratteri portanti di un'altra soluzione prospettata per il problema della valutazione della prova scientifica: l'istituzione di *assessors* del giudice, ovvero figure di ausilio per la corte nell'apprezzamento dei risvolti scientifici del processo³⁸⁶.

5. L'Assessor

L'istituto dell'*assessor* tocca un punto nevralgico del diritto processuale inglese, poiché va a modificare il carattere *adversarial* del processo. L'*assessor* è difatti concepito come uno strumento di aiuto per il giudice nella soluzione di problemi specialistici che sono al di fuori della competenza di quest'ultimo; tuttavia gli *advices*³⁸⁷ dell'*assessor* non sono considerati mezzi di prova e sono sottratti a tutte le norme dettate in materia di *evidence*, tra cui *in primis* la *cross-examination*. Perché allora l'*assessor* è stato segnalato quale possibile soluzione al problema della carenza di conoscenze specialistiche da parte del giudice nei casi di *scientific evidence*³⁸⁸?

³⁸⁵ Parliamentary Office of Science and Technology, *op. cit.*, p. 3.

³⁸⁶ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, pp. 350.

³⁸⁷ Rule 35.15 CPR.

³⁸⁸ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, pp. 350.

La risposta al quesito impone l'analisi, sia pure in breve, delle caratteristiche più importanti dell'istituto.

La figura dell'*assessor* è disciplinata dalla *Rule 35.15* delle *CPR*, che richiama la *Sec. 71* del *Supreme Court Act* del 1981 e la *Sec. 63* del *Country Court Act* del 1984. Tali ultime disposizioni prevedono la possibilità di nomina di soggetti che, per virtù o per speciali conoscenze o esperienza, possono sedere accanto al giudice durante il processo per rispondere a qualsivoglia domanda posta, nell'ambito di *expertise* dell'*assessor*, dal giudice stesso. Il sistema degli *assessors* era stato confinato, fino alla riforma delle *CPR*, quasi esclusivamente nell'ambito della *Admiralty jurisdiction*³⁸⁹. Molte erano peraltro le perplessità sul tipo di aiuto che il consulente poteva fornire al giudice, tanto che si lo si era qualificato come un "*witness in the special confidence of the judge, whose testimony cannot be challenged by cross-examination and perhaps cannot even be fully appreciated by the parties until judgment is given*"³⁹⁰.

Inoltre, posto che l'*assessor system* di fatto consiste nella fornitura al giudice di indicazioni da parte di un esperto che non ha prestato giuramento, che non può essere sottoposto alla *cross examination* ed il cui contributo non è neppure qualificato come *evidence*, si era persino ritenuto che esso non fosse in linea con quanto disposto dall'articolo 6 della *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, riguardo al diritto di avere un processo equo, nel quale disporre dei mezzi per preparare la propria difesa³⁹¹.

³⁸⁹ J.A. JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 229.

³⁹⁰ *Richardson v. Redpath Brown & Co. Ltd* [1944] A.C. 62, 70.

³⁹¹ L. BLOM-COOPER, *Experts and assessors: past, present and future*, in *C.J.Q.* 21, 2002, (Oct.), p. 351. E ciò sulla base di quanto accaduto in *Van Orshoven v. Belgium* (1998) 26 EHRR 55, dove un appellante belga si lamentava di non aver potuto presentare alcuna osservazione nei confronti dell'*opinion* dell'*Advocat-General* durante un processo.

La tradizionale funzione dell'*assessor* ha subito una sostanziale modifica da parte della *Rule* 35.15 delle *CPR*. La norma prevede che l'*assessor* possa assistere la corte nelle materie in cui egli ha esperienza (35.15(2)), nonché preparare un report su qualsiasi tema oggetto del procedimento (35.15(3a)) o persino presenziare al *trial* per assistere il giudice (35.15(3b)). Nel caso in cui l'*assessor* prepari un report per la corte prima dell'inizio del *trial*, il giudice dovrà inviare una copia dello stesso ad entrambe le parti le quali, in questo caso, potranno pure usarlo durante il processo³⁹². Il punto più controverso in tema di *assessor* è, come abbiamo anticipato, il fatto che il suo operato sia sottratto dalla *cross-examination*. L'unico intervento delle parti che si reputa possibile è che esse pongano all'*assessor* delle osservazioni riguardo la documentazione che quest'ultimo ha inviato al giudice³⁹³. Tuttavia, in assenza di *pre-trial report*, l'*advice to the court* della *Rule* 35.15(3b) resterà sconosciuto alle parti.

In buona sostanza, si può affermare che l'*assessor* è una figura di *court appointed expert*, che ha attirato a sé le critiche di chi la ritiene una prova sottratta al controllo delle parti, e ciò nonostante in grado di esercitare una grande influenza sulla decisione finale³⁹⁴. Altri, però, hanno intravisto in tale istituto lo strumento utile per adiuvarne il giudice nell'analisi di complesse questioni scientifiche e/o tecniche. Del resto, l'*assessor* non pare così lontano da una figura familiare nei sistemi di *civil law*, ossia il consulente tecnico d'ufficio³⁹⁵.

La proposta, dalla quale deriverebbe un ulteriore avvicinamento fra regole procedurali inglesi e regole procedurali europeo-continentali, non ha finora

³⁹² *Rule* 35.15 *CPR*.

³⁹³ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, p. 352.

³⁹⁴ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, p. 352.

³⁹⁵ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, p. 352.

riscosso un grande successo operativo. È però sicuro che la nuova configurazione dell'*expert evidence* a seguito della riforma delle *Civil Procedure Rules* ha profondamente mutato l'*adversarial approach* proprio alla *civil litigation* inglese, che oggi mette le parti sotto il controllo della corte nella gestione (del processo e) dell'*expert evidence*. La corte può escludere che le parti presentino esperti. Può obbligarle a presentare un esperto congiunto. Può lasciarle libere di presentare quanti esperti vogliono, ma in ogni caso quegli esperti saranno vincolati da *duty to the court* preponderante rispetto a quello verso la parte..

Quanto però non viene affrontato dalle norme, che pur delineano in maniera approfondita l'istituto dell'*expert*, è il problema dei criteri di ammissibilità delle metodologie utilizzate dell'esperto al pari di quanto avvenuto negli Stati Uniti con la *Daubert Trilogy* e le riforme alla *Rule 702* delle *FRE*. Infatti, come abbiamo anticipato, l'unico canone utilizzato dalla giurisprudenza inglese è quello, classico, della *relevance* della prova. Tale carenza è avvertita come un pericolo anche entro il processo inglese, dove si teme che le *junk sciences* possano avere accesso indiscriminato³⁹⁶. Ecco perché parte della dottrina inglese ha sentito l'esigenza di affrontare il tema prendendo spunto proprio dall'esempio statunitense, come vedremo nel paragrafo che segue³⁹⁷.

6. *L'applicazione dei Daubert factors: il dibattito*

Il dato che emerge da quanto abbiamo appena visto nei paragrafi precedenti è che il punto dolente della riforma delle *CPR* in tema di *expert witness* riguarda la mancata introduzione di un canone atto ad assicurare

³⁹⁶ J.M. WILLIAMS, E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 183.

³⁹⁷ L. BLOM-COOPER, *op. cit.*, p. 352; J.M. WILLIAMS, E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 190.

che l'esperto porti in giudizio una *expertise* affidabile. In Inghilterra non esiste un equivalente al *reliability test* statunitense; le *CPR* ed il *Protocol for the Instruction of Experts*³⁹⁸ non forniscono indicazioni al riguardo. Pare quindi che sia proprio la corte a dover determinare, volta a volta, se l'*expert evidence* è necessaria, se l'esperto è davvero esperto e se la sua esperienza è affidabile.

Diverse sono le preoccupazioni degli interpreti in merito all'abilità delle corti di confrontarsi con questioni scientifiche e/o tecniche molto sofisticate. Alcuni ritengono che tali problemi si siano acuiti a causa dei poteri oggi concessi dalle riformate *Civil Procedure Rules* al giudice, che ha la facoltà di determinare la natura e lo scopo dell'*expert evidence* richiesta dalle parti. I timori più gravi derivano dall'assenza di qualsiasi previsione di una preparazione specialistica del giudice nei confronti delle metodologie e delle risultanze scientifiche. È in vista di questi timori che molti hanno auspicato la configurazione giudiziale di criteri atti a verificare la qualificazione degli esperti, soprattutto nelle materie per le quali è richiesta un'elevata specializzazione³⁹⁹. È chiaro che non si suggerisce di imitare i criteri di *Daubert*, ma senz'altro chi si fa portatore di questi auspici ha in mente l'approccio statunitense a queste problematiche. Le medesime voci⁴⁰⁰ caldeggiavano la redazione di alcune linee guida paragonabili a quelle statunitensi contenute nel *Reference Manual for Scientific Evidence* del Judicial Studies Board, che abbiano appunto il proposito di "*assist judges in managing expert evidence, primarily in cases involving science or technology*"⁴⁰¹. Altri ancora ritengono che i pericoli maggiori derivino dal potere del

³⁹⁸ Vedi sopra nota 374.

³⁹⁹ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁰⁰ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁰¹ FERN M. SMITH, *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Justice Center, 2d ed. 2000, p. V. Vedi anche sopra pag. 73.

giudice di restringere il numero degli esperti che possono essere chiamati dalle parti. È infatti chiaro, secondo questa voce, che sono gli avvocati, i quali conoscono approfonditamente il caso, a poter capire meglio quali sono i temi specifici di *expert evidence* che permetterebbero alla corte di giungere ad una conclusione ragionevole⁴⁰². Per questo motivo un intervento del giudice, che non ha ancora studiato la causa, volto a restringere il numero di esperti è visto con particolare sfavore⁴⁰³.

Di qui il richiamo all'assetto raggiunto dalla giurisprudenza e legislazione statunitense in tema di prova scientifica, e l'interrogativo sul se i *Daubert factors* possano rappresentare un punto di partenza per sopperire alla mancanza di filtri di accesso dell'*expert evidence* nel processo inglese⁴⁰⁴. Sono numerosi gli autori che vedono nell'esperienza americana un precedente utile per affrontare la questione della valutazione di prove concernenti avanzati concetti scientifici o tecnici e della selezione di esperti affidabili e competenti⁴⁰⁵ anche perché, come vedremo nel paragrafo che segue, sono diverse le occasioni in cui la giurisprudenza inglese ha fatto ricorso ad alcuni test per l'ammissione della prova scientifica che paiono proprio quelli definiti in *Daubert*.

7. La prova scientifica nella giurisprudenza inglese

Anche se non è possibile attendersi un'elaborazione giurisprudenziale pari a quella statunitense in merito all'ammissibilità dell'esperto, si rende ora

⁴⁰² C. JACKSON, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰³ C. JACKSON, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁴ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁰⁵ J.M. WILLIAMS e E. MELVILLE, *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999, p. 192.

necessario offrire un panorama delle sentenze più significative che si sono occupate della questione che ci interessa.

Uno dei *leading cases* in materia è rappresentato da *Midland Bank Trust Company Limited v Hett Stubbs & Kemp*⁴⁰⁶. La vicenda concerneva una richiesta di risarcimento dei danni sofferti da un soggetto a seguito della *negligence* del suo *solicitor* nell'assisterlo in una transazione di *conveyance*. Il passaggio fondamentale si concentrava su di una testimonianza esperta che trattava dei doveri di un *solicitor*. In tale frangente il giudice Oliver ha sottolineato la discutibilità del valore e dell'ammissibilità di un tale tipo di prova; l'esistenza di un *legal duty*, difatti, è una questione di diritto che deve essere risolta dalla corte. Egli ha inoltre aggiunto che "*clearly if there is some practice in a particular profession, some accepted standard of conduct which is laid down by a professional institute or sanctioned by common usage, evidence of that can and ought to be received*"⁴⁰⁷.

Un altro caso che ricorre frequentemente nella giurisprudenza inglese (sia civile che penale) in tema di ammissibilità di *expert evidence* è curiosamente un precedente penale australiano, *R v. Bonython*⁴⁰⁸. Qui il passo più citato riguarda un dictum del Chief Justice King, il quale, dopo aver ricordato che per ammettere un *expert witness* si rendeva necessario stabilire (i) se il suo intervento era essenziale alla comprensione della materia oggetto di prova; (ii) se l'esperto era davvero tale, aggiunse che bisognava anche verificare (iii) "*whether the subject matter of the opinion forms part of a body of knowledge or experience which is sufficiently organised or recognised to be accepted as a reliable body of knowledge or experience, a special acquaintance with which of the witness*

⁴⁰⁶ *Midland Bank Trust Company Limited v Hett Stubbs & Kemp* 1979 1 CH, 384.

⁴⁰⁷ *Midland Bank Trust Company Limited v Hett Stubbs & Kemp* 1979 1 CH, 384, 402.

⁴⁰⁸ *R v. Bonython* 1984 SARS p45.

would render his opinion of assistance to the Court”⁴⁰⁹, formulando in sostanza un criterio che ricorda il *Frye test* della *general acceptance*.

Queste direttive non sembrano aver favorito la definizione di standard precisi e coerenti.

Per illustrare, nel caso *Re D (Family Division)*⁴¹⁰ protagonista era un ragazzo di 17 anni che soffriva di una grave forma di autismo ed epilessia e che era non era in grado di parlare. La corte ed il tutore del minore chiesero a un esperto di redigere un report sull’affidabilità della c.d. “*facilitated communication*”, ovvero una tecnica utilizzata dai primi anni ‘90 nella quale un adulto supportava il braccio della persona autistica aiutandola a pigiare i tasti di una tastiera per rispondere alle domande che gli venivano poste. L’esperto concluse che il risultato ottenuto attraverso la *facilitated communication* era falsato in quanto controllabile più dal *facilitator* che non della persona malata. La corte dichiarò quindi tale metodologia inaffidabile ed escluse le prove ottenute tramite il ricorso ad essa. Nella decisione però, viene precisato che non si sanciva l’inammissibilità dell’*expert evidence* a supporto della *facilitated communication*, ma che semplicemente si segnalava la mancanza di rilevanza della prova presentata.

Un approccio simile venne adottato in un altro caso di *Family Law, Re AB*⁴¹¹, dove un esperto – il Dr. Patterson – aveva esposto la sua teoria, secondo la quale le fratture riscontrate nel minore di cui si discuteva avanti alla corte non erano state causate dai maltrattamenti che asseritamente il ragazzo aveva subito in famiglia, bensì da una patologia chiamata *osteogenesis imperfecta*, che rendeva le ossa dei bambini molto fragili. Lo stesso esperto,

⁴⁰⁹ *R v. Bonython* 1984 SARS p45, 46.

⁴¹⁰ *Re D (evidence: facilitated communication)* [2001], 1 FLR 148. Il caso verteva sull’accertamento di presunti abusi sessuali a danno del minore, da parte del padre.

⁴¹¹ *Re AB (child abuse: expert witnesses)* [1995], 1 FLR 181.

quando fu chiamato a spiegare il motivo per il quale il minore, una volta dato in affidamento, non aveva più riportato tali tipi di frattura, spiegò il fatto sostenendo che il bambino aveva sì sofferto di una *osteogenesis imperfecta*, ma temporanea. Il giudice sottopose la testimonianza del Dr. Patterson ad una critica molto aspra, sottolineando come la ricerca dell'esperto mancava di oggettività, e faceva presumere che egli stesse supportando una posizione particolare piuttosto che delineando oggettive conclusioni scientifiche. Tuttavia, ancora una volta, non si dichiarò che tale tipo di prova era inammissibile, bensì che "*unless a report from Dr Patterson complies with the guidelines [for expert witnesses] his evidence in any case involving the alleged non-accidental injury of infants should be treated with the greatest caution and reserve*".

Questi esempi dimostrano come i giudici dei *civil trials* inglesi non abbiano modo, od inclinazione, ad esercitare una funzione paragonabile a quella di *gatekeeping* che connota l'operato dei giudici statunitensi. Viene invece adottato un approccio pragmatico⁴¹², che consiste nell'ammettere prontamente una *scientific evidence*, lasciando la valutazione della sua *reliability* al corso del giudizio. Chiaramente questo sistema, non prevedendo un vaglio preliminare della *reliability*, provoca la proliferazione delle opinioni scientifiche (e dei costi ad esse connessi), opinioni che poi si potrebbero rivelare comunque inutilizzabili in giudizio. Vero è però che l'adozione di una funzione di *gatekeeping* di stampo americano non sarebbe priva di difficoltà. Innanzitutto la *reliability* dell'*expert evidence*, essendo in Inghilterra valutata in relazione ai fatti del caso concreto, potrebbe essere difficilmente apprezzata in una fase antecedente al processo. Secondariamente, vi è chi sostiene che le *pre-trial investigations* sono

⁴¹² J. MITCHELL, *Controversial scientific evidence in children's cases*, in *New Law Journal*, 151, 2001, p. 412.

comunque molto più costose in tempo e denaro di quelle condotte durante il *trial*. Infine, vi è comunque il rischio che escludere un particolare tipo di prova dichiarandola dal principio inammissibile renderebbe una parte priva di un *fair trial*⁴¹³.

Quello che però emerge chiaramente è che i giudici inglesi dimostrano una certa riluttanza ad imporre condizioni di ammissibilità della *scientific evidence*, nonostante sia palese il pericolo di fare accedere in tribunale *expert testimonies* di dubbia affidabilità⁴¹⁴. Sebbene quindi si ritenga improbabile che a questo punto le corti inglesi adottino un *exclusion test*, vi sarebbe comunque lo spazio per configurare dei fattori generali che possano offrire indicazioni al giudice in sede di valutazione della *reliability* della *scientific evidence*, onde evitare - o quantomeno ridurre - che vengano accettate come prove delle teorie estremamente controverse. Da questo punto di vista, i *Daubert factors* potrebbero rappresentare un punto di partenza, posto che le corti nella pratica adottano - come abbiamo visto poco sopra -- criteri simili al *general acceptance test* o allo standard del *peer review*.

Se, ad esempio, consideriamo le vicende che abbiamo citato poco sopra, vedremo che in *Re D*, per escludere la validità della *facilitated communication*, oltre agli studi presentati dall'esperto, si considerò come questa non fosse neanche generalmente accettata dagli studiosi del campo. Ancora, in *Re AB*, il giudice Wall chiarì come "*only after there has been [peer group] scrutiny followed by acceptance of the validity of the expert's evidence should evidence be presented in court*"⁴¹⁵. Tuttavia, il giudice aggiunse anche che, nei casi in cui è presente una grave difformità di vedute all'interno della comunità scientifica, spetta alla corte valutare la credibilità delle opinioni presentate

⁴¹³ J. MITCHELL, *op. cit.*, p. 412.

⁴¹⁴ S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, *op. cit.*, p. 86.

⁴¹⁵ *Re AB (child abuse: expert witnesses)* [1995], 1 FLR 181.

in giudizio. Questa ipotesi era peraltro stata anche presa in considerazione dalle *Recommendation* di Lord Woolf⁴¹⁶, dove si pose in luce come, in tali ipotesi, non debba essere esclusa l'evidence, ma "the full adversarial system [...] is the best way of producing a result". Del resto, basti ricordare che questo concetto sembra proprio l'eco quanto detto dalla *Supreme Court* in *Daubert*, ovvero che una penetrante *cross-examination* e la presentazione di prove contrarie sono i più appropriati mezzi per far cadere una prova 'traballante'⁴¹⁷, ma ammissibile⁴¹⁸.

8. Conclusioni

Il diritto inglese, è chiaro, ha approntato una sistemazione particolare della *scientific evidence* e dell'*expert witness*.

Da una parte, è assai sentita l'esigenza di predisporre dei meccanismi volti a regolare i rapporti tra scienza e diritto. D'altra parte, la giurisprudenza pare esercitare con estrema cautela il proprio potere di controllore sulla qualità e quantità della scienza che entra nel processo.

Più incisivo è l'esercizio dei poteri giudiziali con riguardo all'esperto. Qui, le *Civil Procedure Rules* hanno aumentato le possibilità di *case management* del giudice, ampliandone le facoltà di gestione delle testimonianze esperte. Al giudice è stata conferita la facoltà di nominare un unico *joint expert*, e l'esperto è stato ridisegnato quale soggetto a servizio della corte prima che

⁴¹⁶ H. WOOLF, *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Stationery Office Books, London, 1996.

⁴¹⁷ "[i]t fell outside the range where experts might reasonably differ, and where the jury must decide among the conflicting views of different experts, even though the evidence is 'shaky'": *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 596 (1993).

⁴¹⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

della parte che l'ha nominato. Anche qui, però, non si è chiarito in base a quali canoni il giudice dovrebbe ammettere o negare l'ingresso della prova scientifica nel processo. Nessun filtro è stato esplicitamente stabilito né dalla giurisprudenza né dagli interventi legislativi. L'ingresso della scienza nel processo è tuttora lasciato alla valutazione dei singoli casi concreti⁴¹⁹. Che l'esperienza americana possa fungere da serbatoio di soluzioni, per così dire, prêt-à-porter per i giudici inglesi è assai difficile, ma pare forse ragionevole l'auspicio che essa rappresenti il punto di partenza per le riflessioni inglesi sul punto.

⁴¹⁹ S.I. GATOWSKI, S.A. DOBBIN, J.T. RICHARDSON, C. NOWLIN & G.P. GINSBURG, p. 90.

4. Conclusioni

A partire dalle considerazioni che precedono è possibile tracciare qualche osservazione finale circa l'impatto che l'introduzione della prova scientifica ha avuto nel processo civile di *common law*, e gli insegnamenti che detta esperienza può portare ai paesi di *civil law*, ed in particolare al sistema italiano.

Per quanto riguarda il caso statunitense, questo ci mostra come quella della *scientific evidence* sia una materia percorsa da esigenze diverse, ispirate spesso da motivi contrapposti. L'opportunità di sfruttare al meglio le potenzialità investigative del metodo scientifico è bilanciata dalla sfiducia che molti nutrono circa l'attitudine, degli attori e degli schemi tradizionali del processo di *common law*, a maneggiare in modo appropriato i risultati scientifici. I fattori che spiegano il successo del ricorso alle scienze 'dure' nelle aule giudiziarie - ad esempio, il dominio che le parti hanno sullo svolgimento della lite, le modalità di remunerazione degli esperti e degli avvocati che di quegli esperti si fanno selezionatori, l'efficacia persuasiva che le risultanze 'obiettive' hanno su giudici e giurie - sono gli stessi fattori che alimentano i dubbi sull'effettiva capacità dei meccanismi processuali nordamericani di gestire l'entrata della scienza nei tribunali. Da questo punto di vista, gli sviluppi che abbiamo presentato, da *Daubert* in poi, non rappresentano null'altro che il tentativo, da parte della giurisprudenza e dei legislatori statunitensi, con l'ausilio critico offerto dagli scolari, di trovare un compromesso ragionevole fra gli svantaggi ed i vantaggi che la prova scientifica può comportare al processo civile.

In Inghilterra si è ugualmente avvertita la necessità di affrontare i problemi connessi ad un ampio ricorso alle prove scientifiche. Con riferimento al processo civile, però, l'attenzione al tema è stata per un verso più contenuta, per altro verso più settorializzata, di quanto è accaduto dall'altro lato dell'Atlantico. In Inghilterra, il dibattito si è focalizzato soprattutto sul(le modifiche al) potere di *case management* del giudice in relazione alla scelta di un *expert* indipendente. Si è invece lasciato alle corti, caso per caso, di controllare la qualità della scienza che ha accesso nelle aule dei tribunali, compito che la giurisprudenza inglese, come abbiamo visto, non di rado svolge prendendo ad esempio proprio i criteri sviluppati dai colleghi statunitensi.

Gli aspetti della prova scientifica che appaiono problematici presso le giurisdizioni di *common law* – in primis, la selezione di prove e di esperti che soddisfino standard minimali di attendibilità – possono apparire poco urgenti nei sistemi processuali di *civil law*, in quanto in questi ultimi, pur essendo presente la figura del consulenti di parte, l'acquisizione delle conoscenze tecnico-scientifiche di cui il giudice necessita per la decisione avviene di norma attraverso il ricorso di esperti imparziali scelti direttamente dalla corte⁴²⁰. È il giudice che è quindi chiamato a garantire la qualità delle nozioni che egli acquisisce attraverso il proprio consulente, verificandone le capacità e la professionalità.

Queste battute conclusive non ci consentono di dedicare una trattazione esaustiva sul punto della prova scientifica nel *civil law*, ma verranno quantomeno segnalati in confini entro cui si snoda il dibattito, in particolare

⁴²⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216; M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, cit., p. 8.

nel sistema italiano⁴²¹. Dedicheremo dei brevi cenni in merito (i) al rapporto tra scienza privata del giudice e conoscenze scientifiche, (ii) alla figura del consulente tecnico ed (iii) infine ad alcune delle questioni che più preoccupano gli interpreti, ossia il problema se il giudice sia vincolato o no a seguire i risultati prodotti dall'esperto.

In Italia le questioni che ruotano attorno alla prova scientifica sono innanzitutto legate al tema della cosiddetta "scienza privata" del giudice, espressione che si riferisce alle conoscenze extraprocessuali del giudice (cioè quelle nozioni empiriche che egli è legittimato ad utilizzare anche se non acquisite attraverso il formalismo dello strumento processuale), il cui uso è consentito nel processo⁴²². È di fondamentale importanza tracciare il confine tra questi due ambiti per comprendere fino a che punto il giudice può fare affidamento esclusivamente sulle sue conoscenze personali per valutare le prove e quando, invece, è necessario che egli faccia ricorso all'esperienza altrui.

In particolare, l'articolo 115.2 c.p.c., recentemente riformato dall'art. 45, comma 14, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, riconosce al giudice il potere di far uso, senza bisogno di prova, delle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza. Ciò altro non è che un'espressione del principio di

⁴²¹ Si v. L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, pp. 92 ss.; M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 967; M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, in AA. VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 3 ss.; TARUFFO M., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, pp. 4 ss., in A.a. V.v., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quaderni della rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2005; M. TARUFFO, *Considerazioni su scienza e processo civile*, in *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, a cura di Giovanni Comandè, Giulio Ponzanelli, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 485 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *RTDCP*, 1996, p. 248; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 431 ss.

⁴²² V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 3 ss.; V. ANSANELLI, *Problemi di corretta utilizzazione della "prova scientifica"*, in *RTDPC*, 2002, p. 1333.

carattere generale del dovere del prudente apprezzamento delle prove ex art. 116.1 c.p.c.: il dovere di apprezzare in modo prudente le prove implica che il giudice ancori la propria valutazione a criteri facenti parte del patrimonio culturale della società, ossia proprio alle regole di esperienza⁴²³. A questo proposito entrano in gioco quelle regole di esperienza che si estendono oltre la cultura dell'uomo medio, ossia proprio quelle di cui abbiamo discusso lungo tutto il nostro lavoro: le leggi scientifiche e le regole della scienza e della tecnica. Il problema ulteriore che emerge rispetto a tali tipi di conoscenze origina dal fatto che alcuni ritengono che le leggi scientifiche possano rientrare nella nozione di regola d'esperienza: esse infatti, si dice⁴²⁴, non si distinguono da queste ultime, né sotto il profilo del loro fondamento (essenzialmente convenzionale, essendo fondate sul consenso degli scienziati proprio come le massime di esperienza sono fondate sul consenso dell'uomo medio), né sotto il profilo del ruolo che le une e le altre sono chiamate a svolgere nell'inferenza probatoria, venendo tutte ad assumere la funzione di premesse maggiori di ragionamenti di tipo sillogistico⁴²⁵. Pertanto regole di questo genere, allo stesso modo delle comuni regole di esperienza, dovrebbero poter essere liberamente ed autonomamente utilizzate dal giudice, posto che il suo apprezzamento può essere "prudente" solo se tiene in considerazione anche delle conoscenze tecniche e scientifiche vigenti in una data epoca storica⁴²⁶.

⁴²³ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., pp. 3 ss. e 113; L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 98; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in RDP, 2002, pp. 1083-1086; V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in RDP, 1972, p. 416.

⁴²⁴ M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice: diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 4.

⁴²⁵ M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice: diritto processuale civile*, cit., p. 4; G.F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in RTDPC, 2000, p. 1154 ss.

⁴²⁶ L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 98; L. LOMBARDO., *Prova scientifica e osservanza del*

Sul punto, ancora, si osserva come ogni nuova tecnica scientifica che sia utile per la conoscenza di fatti giuridicamente rilevanti venga attratta in qualità di prova scientifica nell'orbita del diritto ed utilizzata nel processo⁴²⁷. Specularmente, il progresso scientifico implica che ciascuna prova scientifica sia lentamente condannata a vedere la sua portata erosa a favore della prova comune, in maniera proporzionale all'espandersi del patrimonio culturale dell'uomo medio; ciò significa che quando la legge scientifica diviene universalmente nota in un gruppo sociale, essa entra a far parte del comune modo di sentire della cultura media della società⁴²⁸. Ma se il sapere scientifico è destinato a trasformarsi in sapere comune, è a tutti evidente il rischio che il primo sia soggetto a manipolazioni o ad arbitrarie semplificazioni da parte del secondo. Pertanto, è importante che il giudice sia solerte nel controllo sui contenuti e sui limiti del patrimonio culturale dell'uomo medio e che, ogni volta sussista motivo di dubitare della reale consistenza delle regole di esperienza, egli verifichi se queste ultime corrispondono effettivamente al contenuto della scienza o se la corrispondenza sia venuta meno con il progredire delle scoperte scientifiche⁴²⁹. Tutto ciò per dire che è di estrema importanza che ogni giudice italiano (e *civilian* in generale), quando ha necessità di attingere conoscenze che trascendono dalla cultura dell'uomo medio, sia dotato di strumenti per individuare, e poi utilizzare nel processo le prove scientifiche necessarie alla risoluzione della lite, strumenti dei quali

contraddittorio nel processo civile, cit., p. 1092.

⁴²⁷ M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice: diritto processuale civile*, cit., p. 4. M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in RTDPC, 1997, p. 558.

⁴²⁸ L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1092. M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice: diritto processuale civile*, cit. p. 4; M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., p. 558.

⁴²⁹ M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in RTDPC, 1997, pp. 561 ss.

il più utilizzato è naturalmente la nomina di consulenti tecnici⁴³⁰, ovvero il secondo profilo di cui intendevamo occuparci.

Il consulente è un ausiliario del giudice e la sua consulenza non è considerata un mezzo di prova in senso proprio⁴³¹, benché vada annoverata tra i mezzi di istruzione probatoria in senso lato⁴³². Infatti, la consulenza non persegue (per lo meno in modo non diretto) lo scopo di provare i fatti controversi, contribuendo con immediatezza a determinare il convincimento del giudice in ordine alla verità o falsità delle allegazioni di parte. Essa si propone invece di offrire al giudice un ausilio integrativo per la corretta valutazione dei dati emersi dalle prove altrimenti acquisite⁴³³.

Da noi, la consulenza tecnica, quale mezzo di prova, deve essere vagliata sotto il profilo dell'ammissibilità e della rilevanza. Qualora essa miri a compiere un accertamento tecnico, la rilevanza della prova andrà misurata considerando l'elemento fattuale che ne costituisce oggetto diretto e che si vuole acquisire nel processo. Se invece essa tende ad una valutazione tecnica,

⁴³⁰ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in RDP, 1972, p. 423. Sul consulente tecnico si vedano V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 130-135; M. VELLANI, *Consulente Tecnico*, in *Novissimo Dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1959; M. VELLANI, *Consulenza Tecnica nel Proc. Civ.*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, III, UTET, Torino, 1988.

⁴³¹ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., pp. 215 ss.; L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Il mulino, Bologna, 1998, p. 578.

⁴³² L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, pp. 840-841; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 130. Il punto di vista presentato riceve un avallo anche in giurisprudenza, laddove questa sottolinea il carattere discrezionale dei provvedimenti adottati dal giudice in materia. In particolare in Cass, 28-8-2002, n. 12607, in *Rep. foro it.*, 2002, si ribadisce che la consulenza tecnica è un mezzo istruttorio e non una prova vera e propria, sottratto alla disponibilità delle parti ed affidato al prudente apprezzamento del giudice del merito, rientrando nei poteri discrezionali di quest'ultimo la valutazione di disporre la nomina del consulente tecnico d'ufficio ovvero indagini tecniche suppletive o integrative di quelle già espletate.

⁴³³ C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 131; M. TARUFFO, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, cit., pp. 561 ss.

la rilevanza della prova andrà apprezzata per via mediata, considerando l'elemento fattuale già acquisito il processo: la valutazione tecnica sarà rilevante, solo se risulterà rilevante l'elemento fattuale da valutare⁴³⁴.

Vi è però da segnalare come l'affidamento ad esperti di nomina giudiziale non vale di per sé ad assicurare la qualità scientifica delle conoscenze che giungono al giudice⁴³⁵. Infatti, può capitare che l'esperto nominato dalla corte non sia imparziale, che non sia dotato della preparazione tecnica necessaria a rispondere adeguatamente ai quesiti che gli sono posti o, ancora, che il giudicante stesso non abbia la capacità di valutare la validità della metodologia utilizzata.

Sotto il primo profilo, basti osservare, con riguardo all'Italia, che proprio per garantire l'imparzialità dell'esperto sono predisposti nel codice di procedura civile gli istituti dell'astensione e ricusazione dell'esperto (previsti dall'art. 63.2 c.p.c., che richiama le ipotesi di astensione e ricusazione del giudice, artt. 51 e 52 c.p.c.)⁴³⁶.

Per quanto riguarda la professionalità dell'esperto, da noi l'art. 61 c.p.c. stabilisce che, quando è necessario, il giudice *"può farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica"*. Il riferimento alla *particolare competenza tecnica* (che rimbalza pure nella definizione dei requisiti che un consulente deve avere per poter prestare la sua opera, assieme all'iscrizione negli appositi albi presso il tribunale ed ad una *"condotta morale specchiata"*: art. 15 disp. att.

⁴³⁴ L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 843 ss.; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in RDP, 2002 fasc. 4, p. 1110.

⁴³⁵ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216; M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, cit., p. 8; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, p. 842.

⁴³⁶ Per una valutazione sul fatto che tali istituti siano sufficienti a tenere lontano dal processo il consulente parziale si v. F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario Breve al codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2006, p. 156.

c.p.c.) appare piuttosto generico e si riferisce alla competenza dell'esperto nel proprio campo⁴³⁷. Per contro, non vi è alcun parametro che permetta al giudice di valutare quali sono gli ambiti scientifici nei quali può essere utile/ammissibile il ricorso alla consulenza tecnica⁴³⁸.

Inoltre, il giudice di *civil law* – come il giudice e le giurie di *common law* – non dispone generalmente di una cultura scientifica che gli consente di valutare adeguatamente i risultati presentatigli dal consulente, che viene nominato proprio per sopperire alla sua mancanza di conoscenza scientifica. Vero è, come vedremo tra poco, che il giudice non deve per forza accettare le conclusioni del consulente, né è chiamato a sindacare il contenuto delle sue valutazioni⁴³⁹. Egli deve tuttavia controllare la validità scientifica della metodologia utilizzata dal consulente, verificandone il fondamento razionale – compito al quale egli sarà sovente del tutto impreparato⁴⁴⁰.

L'ultimo profilo in merito alla prova scientifica italiana cui faremo cenno riguarda il quesito (i) se possa dirsi (o no) esistente la libertà del giudice di disporre la perizia secondo la sua discrezionalità, e (ii) se egli sia poi vincolato (o no) alle conclusioni del perito.

La giurisprudenza italiana ha riconosciuto il dovere del giudice di disporre la consulenza tecnica solo quando essa costituisce l'unico strumento di accertamento di un fatto non altrimenti comprovabile⁴⁴¹, mentre ha escluso che il giudice abbia il dovere di ricorrere alla consulenza tecnica, nonostante

⁴³⁷ M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, cit., p. 8.

⁴³⁸ F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario Breve al codice di Procedura Civile*, cit., p. 1107.

⁴³⁹ L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, pp. 885 ss.

⁴⁴⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216.

⁴⁴¹ Cass. Civ., sez. II, 14 gennaio 1999, n. 321, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Consulente tecnico*, 10 ("la consulenza tecnica, pur avendo, di regola, la funzione di fornire al giudice una valutazione relativa a fatti già probatoriamente acquisiti al processo, può legittimamente costituire, ex se, fonte oggettiva di prova qualora si risolva non soltanto in uno strumento di valutazione, bensì di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche").

si presenti ammissibile e rilevante, quando si tratti di accertare un fatto che può essere provato facendo ricorso ad altri mezzi di prova⁴⁴².

La circostanza che il giudice non sia tenuto a disporre la consulenza tecnica per accertare un fatto che le parti avrebbero potuto altrimenti provare - e non hanno provato -, contrasta con la moderna concezione del principio dell'onere della prova, il quale non è più inteso in senso soggettivo, come regola rivolta alla parte cui impone una posizione giuridica passiva, ma in senso oggettivo, e cioè come regola di giudizio che si rivolge al giudice e che ha il solo scopo di consentirgli di decidere quando il fatto sia rimasto incerto⁴⁴³. La norma dell'articolo 2697 c.c., che disciplina appunto l'onere della prova, ha assunto ruolo di norma di chiusura del sistema, cui il giudice può ricorrere solo quando il fatto è rimasto incerto in modo definitivo. Se l'incertezza può essere superata facendo ricorso alla prova d'ufficio, il giudice non può rimanere inerte e respingere la domanda non provata; si ritiene piuttosto che egli sia tenuto ad esercitare il proprio potere officioso⁴⁴⁴. Da tali considerazioni deriva che il giudice, ogniqualvolta esistano da una parte lacune istruttorie e dall'altra una o più fonte/i di prova idonea/e a colmarle, ha il dovere di disporre la consulenza tecnica, e l'adempimento di questo dovere può essere sollecitato dalle parti le quali, titolari di un generale potere di stanza nel processo, possono chiedere che sia disposta la consulenza tecnica e provocare su di essa giudizio di ammissibilità e di

⁴⁴² Cass. Civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10871, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2052 ("anche nell'ipotesi di consulenza tecnica d'ufficio cosiddetto percipiente che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente, essendo necessario che quantomeno deducano i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti").

⁴⁴³ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216.

⁴⁴⁴ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., pp. 218 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010, pp. 139 e 221; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1112.

rilevanza, che deve essere formalizzato in un apposito provvedimento motivato che ha forma di ordinanza. Il giudice, se ritiene che i fatti siano già stati provati sulla base delle prove altrimenti acquisite, può respingere l'istanza di ammissione della consulenza tecnica e il suo rifiuto trova giustificazione nella pienezza della prova già raggiunta⁴⁴⁵.

Il discorso, però, cambia nel caso in cui si tratta di far ricorso alla consulenza tecnica per acquisire le regole della scienza e della tecnica necessarie per compiere una valutazione tecnica degli elementi di prova. La dottrina si è chiesta se, in tale frangente, il giudice è sempre tenuto a disporre la consulenza tecnica oppure possa farne a meno, valutando comunque gli elementi di prova acquisiti sulla base di regole tecniche e scientifiche che trascendano la comune esperienza, ma che egli ritenga di conoscere. Per rispondere a tale quesito, è stato utilizzato, secondo alcuni impropriamente⁴⁴⁶, il principio dello *iudex peritus peritorum*, che è stato inteso come incidente tanto sugli aspetti valutativi della perizia, quanto sull'ambito di ammissibilità della stessa, come se la libertà del giudice di valutare i risultati della perizia possa implicare anche la libertà del giudice di disporla o no. Se si accettasse detto ragionamento, ne deriverebbe che il giudice non è tenuto a nominare un consulente tecnico quando egli ritiene di disporre di conoscenze tecniche o scientifiche che superano la cultura media⁴⁴⁷. Dall'articolo 61.1 del c.p.c., che abbiamo ricordato poco sopra, alcuni desumono che il potere del giudice di disporre la consulenza tecnica sia

⁴⁴⁵ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 215 ss.; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1109.

⁴⁴⁶ L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1113.

⁴⁴⁷ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., p. 219; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 216; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 309; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1114.

configurato come un mero potere discrezionale, il quale, lungi dall'essere obbligatorio, è rimesso alla semplice iniziativa del giudice⁴⁴⁸.

È chiaro che in questa prospettiva vi sarebbe da una parte il rischio che il giudice assuma la veste dello scienziato senza averne le capacità⁴⁴⁹; d'altra parte, la necessità di ricorrere alla consulenza esperta dipenderebbe non tanto dal fatto che tali conoscenze trascendano la cultura individuale del giudice concreto, ma dal fatto che esse trascendano la cultura media della comunità sociale cui appartengono il giudice e le parti⁴⁵⁰.

Una soluzione è stata individuata nel fatto che, ogniqualvolta il giudice debba compiere una valutazione tecnica di un elemento di prova, sia tenuto a disporre la consulenza tecnica, affinché le leggi della scienza e della tecnica di cui è necessario servirsi non siano imposte dall'alto dal giudicante, ma siano ritrovate ed applicate nell'ambito della dialettica processuale, con il contributo delle parti e dei loro consulenti. Questa, del resto, è la *ratio* sottesa al divieto di scienza privata del giudice posta dall'articolo 115 c.p.c., ossia fare in modo che ogni conoscenza empirica che trascende la cultura dell'uomo medio sia acquisita e utilizzata dal giudice tramite il metodo del contraddittorio⁴⁵¹. L'osservanza del divieto di scienza privata impone dunque l'osservanza del principio del contraddittorio nell'utilizzazione delle leggi scientifiche, la cui violazione è violazione del principio del contraddittorio, e determina una decisione lesiva della garanzia della difesa⁴⁵².

⁴⁴⁸ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., pp. 215 ss; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1109.

⁴⁴⁹ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 309.

⁴⁵⁰ L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1114.

⁴⁵¹ L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Il mulino, Bologna, 1998, pp. 681.

⁴⁵² M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *RDP*, 1984, pp. 100 ss.

La tesi appena esposta si sposa peraltro anche con le indicazioni fornite dall'articolo 61 c.p.c. Tale norma, collegando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di disporre una consulenza tecnica all'esistenza di una vera e propria necessità ("*quando è necessario*"), implica la doverosità della nomina del consulente tecnico ogniqualvolta occorre integrare la scienza ufficiale del giudice; mentre il "*può farsi assistere*" non esclude la doverosità dell'esercizio del potere del giudice, ma sottolinea il fatto che questo sia svincolato dall'iniziativa delle parti⁴⁵³.

In definitiva, il giudice italiano, quando si trova di fronte alla necessità di far ricorso a conoscenze che trascendono la cultura dell'uomo medio, è tenuto a nominare il consulente tecnico. Il suo potere è connotato dalla discrezionalità nella valutazione della sussistenza dei presupposti di esercizio del potere, ma, in presenza di tali presupposti, l'esercizio del potere diviene doveroso. Ovviamente, il giudice rimane *peritus peritorum*, essendo egli comunque chiamato a svolgere *ex post* un ruolo di valutazione critica delle risultanze della consulenza tecnica che la legge di riserva⁴⁵⁴.

Per quanto riguarda infine il secondo quesito, ovvero se i risultati raggiunti dal perito vincolino o meno il giudice, molti si chiedono se quest'ultimo, considerando che il consulente tecnico utilizza leggi della scienza e della tecnica che esulano dalla conoscenza dell'uomo medio, sia, in ultima analisi, in grado di controllare i risultati della perizia. Reale sarebbe il rischio di una svalutazione del ruolo del giudice dell'accertamento del fatto, che potrebbe

⁴⁵³ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., p. 215; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1116.

⁴⁵⁴ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., p. 37; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1117.

portare al riconoscimento di prove legali, fondata sull'autorità di esperimenti scientifici⁴⁵⁵.

Per evitare che il giudice rimanga incatenato alla consulenza tecnica e soggiaccia passivamente al suo esito, è necessario che l'acquisizione e l'utilizzazione delle conoscenze tecnico-scientifiche si realizzino all'interno in un processo guidato dal principio del contraddittorio. Attraverso il contraddittorio le parti, con l'ausilio dei loro esperti, contribuiscono all'elaborazione della consulenza tecnica, restando vigili sull'individuazione delle premesse e sulla correttezza del loro impiego da parte del consulente⁴⁵⁶.

La valutazione del giudice della prova scientifica implica la valutazione *in primis* dell'attendibilità estrinseca della consulenza; il giudice deve cioè valutare se l'esperto da lui nominato fornisce una rappresentazione esterna dell'esito della consulenza tecnica, che corrisponde alla sua cognizione interna. Infatti, per ipotesi, l'esperto potrebbe non svolgere il compito con la dovuta imparzialità, presentando al giudice delle conclusioni con la consapevolezza della loro falsità. Nella valutazione del profilo di attendibilità della consulenza, il giudice potrà servirsi di argomenti analoghi a quelli che servono per valutare l'attendibilità estrinseca dei testimoni⁴⁵⁷.

Inoltre, la valutazione del giudice dovrà riguardare l'attendibilità intrinseca della consulenza, nel senso che il giudice dovrà stabilire se la cognizione interna dell'esperto, come da lui stesso rappresentata, corrisponda effettivamente alla realtà empirica. È vero che il giudice, in quanto uomo medio, non è in grado di entrare nel merito dell'utilizzazione delle leggi scientifiche, ma potrà controllare ad esempio la correttezza delle premesse di

⁴⁵⁵ M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in RTDCP, 2005, pp. 1106-1111.

⁴⁵⁶ V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in RDP, 1972, p. 434.

⁴⁵⁷ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, cit., pp. 283 ss.; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1120.

fatto, il grado di accettabilità presso una comunità scientifica della legge scientifica e dei metodi di indagine adottati, ed infine la corrispondenza, rispetto a tali metodi, del procedimento seguito. Il giudice, quindi, anche sulla base delle obiezioni sollevate dalle parti per mezzo dei loro consulenti in contraddittorio, potrà non aderire al risultato della consulenza, non solo quando essa risulti fondata su leggi scientifiche non sufficientemente riconosciute in seno alla comunità scientifica, ma anche quando risulti che il consulente abbia fatto un uso non corretto del metodo scientifico che ha applicato, come può rilevarsi, ad esempio, dall'illogicità delle sue argomentazioni⁴⁵⁸.

Alla luce di tutte queste riflessioni, merita notare come anche in Italia siano molti i problemi sollevati dall'utilizzo della prova scientifica. La soluzione per assicurare che solo la scienza 'buona' acceda nella aule di tribunale è ravvisata nel confronto e controllo incrociato dell'esito delle prove tra parti, giudice e consulenti, dove il giudice, in qualità di *peritus peritorum*, ha la possibilità di verificare il risultato della consulenza tecnica anche in base alla compatibilità con gli altri risultati probatori, posto che non esistono prove scientifiche dotate di un valore privilegiato rispetto ad altre prove. Così, se la prova scientifica si trova a concorrere con prove divergenti che vertono sul medesimo *factum probandum*, e queste ultime risultano dotate di ferma attendibilità, il giudice potrà dare la prevalenza a queste e ritenere inattendibile l'esito della prova scientifica, rendendone conto nella motivazione della sentenza⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 217; V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in RDP, 1972, p. 434.

⁴⁵⁹ V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 283 ss ; L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., p. 1122.

Insomma, anche nei sistemi di *civil law*, dove le difficoltà poste dalla prova scientifica sembrano attenuate dalla nomina di un consulente *super partes*, vi è comunque il rischio che il giudice utilizzi conoscenze inattendibili, sia a causa della possibile incompetenza dell'esperto, sia in ragione dell'eventuale mancanza di solidità della scienza da quest'ultimo portata in giudizio – rischi il cui manifestarsi non sembra schermato da filtri idonei⁴⁶⁰.

Della cruciale e trans-sistemica importanza del problema della prova scientifica e delle testimonianze esperte è testimone l'attenzione ad esso rivolta dai *Principles of Transnational Civil Procedure*, i principi che mirano a costituire un corpus di regole processuali uniformi, per applicarle in qualsiasi giurisdizione nei processi relativi a controversie transnazionali redatti nel 2004 da un gruppo di esperti dell'*American Law Institute* (ALI) e dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del diritto privato (UNIDROIT).

Nello specifico, il principio 22.4 riconosce alla corte la facoltà di nominare un esperto al fine di ottenere la prova in temi rilevanti, ogniqualvolta tale testimonianza risulti appropriata (“*the court may appoint an expert to give evidence on any relevant issue for which expert testimony is appropriate [...]*”). Inoltre, il principio 22.4.2 concede la facoltà alla parte “*to present expert testimony through an expert selected by that party on any relevant issue for which expert testimony is appropriate*”. Nel commento P-22D ai Principi si sottolinea come la nomina da parte del giudice di esperti imparziali avvenga per la maggior parte nei sistemi di *civil law*. Invece, per quanto riguarda gli esperti nominati direttamente dalle parti, nel commento stesso si evidenzia il rischio che l'impiego di queste figure – pur utili nell'assistere le corti nella

⁴⁶⁰ M. TARUFFO, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, cit., p. 8.

valutazione di fatti complessi – rischi di ridurre il processo ad una vera e propria ‘battaglia di esperti’, nociva per la dinamica processuale⁴⁶¹.

È proprio alla luce di simili pericoli che resta per noi preziosa l’esperienza di *common law* in materia. Certo, il problema della *scientific evidence* si presenta come particolarmente acuto nei paesi anglosassoni perché sono i connotati della *litigation* nel *common law* ad enfatizzarne utilità e rischi, incentivando la celebrazione di battaglie fra esperti e moltiplicando le possibilità che quegli scontri siano mal condotti, guidati e interpretati da parte di avvocati, giudici e giurie. Ma è proprio per questo che il modello di *common law* finisce col costituire un laboratorio straordinario di proposte e soluzioni per la convivenza fra scienza ‘pura’ e diritto, uno dei luoghi ideali in cui sperimentare differenti modalità di celebrare quei rapporti e, eventualmente, misurare il buon esito del connubio.

⁴⁶¹ I *Principles of Transnational Civil Procedure* sono disponibili a: <http://www.unidroit.org/English/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>. Ali/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge - New York, 2006.

INDICE DEI CASI

I numeri romani si riferiscono alle pagine di citazione

- *Casi statunitensi*

<i>Austin v. American Ass'n of Neurological Surgeons</i> , 253 F.3d 967 (7th Cir. 2001) cert. denied 534 U.S. 1078 (2002).....	59
<i>Barrel of Fun, Inc. v. State Farm Fire & Casualty Co.</i> , 739 F.2d 1028 (5th Cir. 1984).....	63
<i>Berry v. CSX Transp., Inc.</i> , 709 So.2d 552 (Fla. Dist. Ct. App. 1998)	88
<i>Brookshire Bros. v. Smith</i> , 176 S.W.3d 30 (Tex. App. 2004)	88
<i>Com. v. Lanigan</i> , 419 Mass. 15, 641 N.E.2d 1342 (1994)	88
<i>Correa v. Cruisers. Inc.</i> , 298 F.3d 13 (1 st Cir. 2002)	85
<i>Cutlip v. Norfolk S. Corp.</i> , 2003 WL 1861015 (Ohio Ct. App. 2003)	89
<i>Daniels v. Lyondell-Citgo Ref. Co.</i> , 99 S.W.3d 722 (Tex. App. 2003)	88
<i>Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals</i> , 727 F. Supp. 570	71
<i>Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.</i> , 509 U.S. 579 (1993)..	62, 69, 71, 72, 73, 129
<i>Daubert: Nelson v. State</i> , 628 A.2d 69 (Del. 1993)	88
<i>Donaldson v. Cent. Ill. Pub. Serv. Co.</i> , 767 N.E.2d 314 (Ill. 2002)	89
<i>Easum v. Miller</i> , 92 P.3d 794 (Wyo. 2004)	89
<i>Ebenboech v. Koppers Industries, Inc.</i> , 239 F.Supp.2d 455 (D.N.J. 2002)	84

<i>Exxon Corp. v. Makofski</i> , 116 S.W.3d 176 (Tex. App. 2003)	88
<i>Farm Bureau Mut. Ins. Co. of Arkansas, Inc. v. Foote</i> , 341 Ark. 105, 14 S.W.3d 512 (2000).....	88
<i>Frye v. United States</i> , 293 F. (D.C. Cir.) 1923	63
<i>General Electric Co. v. Joiner</i> , 522 U.S. 136 (1997).....	62, 76, 77
<i>Green v. Cessa Aircraft Co.</i> , 673 A. 2d 216, <i>Prod. Liab. Rep. (CCH) P 14601</i> (Me. 1996).....	88
<i>Hutchison v. American Family Mut. Ins. Co.</i> , 514 N.W.2d 882, 72 A.L.R.5th 785 (Iowa 1994)	88
<i>In re Silicone Gel Breast Implants Prods. Liab. Litig.</i> , 318 F.Supp.2d 879, 898–899 (C.D. Cal. 2004)	89
<i>Jennings v. Baxter Healthcare Corp.</i> , 14 P.3d 596 (Or. 2000)	89
<i>Kamp v. FMC Corp.</i> , 2002 WL 1480798 (E.D. Mich. June 27, 2002)	84
<i>Kuhn v. Sandoz Pharms. Corp.</i> , 14 P.3d 1170, 1184–1185 (Kan. 2000)	89
<i>Kumho Tire v. Carmichael</i> , 526 U.S. 137 (1999)	62, 76, 78, 80, 81
<i>Ladner v. Higgins</i> , 71 So.2d 242, 244 (La. Ct. App. 1954)	59
<i>Lindquist v. City of Jersey City Fire Dep't</i> , 814 A.2d 1069 (N.J. 2003)	88
<i>LinkCo v. Fujitsu Ltd.</i> , 2002 WL 1585551 (S.D.N.Y. July 16, 2002)	86
<i>Linnen v. A.H. Robins Co.</i> , 2000 WL 16769 (Mass. Super. Ct. 1999)	89
<i>Lofgren v. Motorola</i> , 1998 WL 299925 (Ariz. Super. Ct. 1998)	88
<i>McDaniel v. CSX Transp., Inc.</i> , 955 S.W.2d 257 (Tenn. 1997)	89
<i>McDonough v. Allina Health Sys.</i> , 685 N.W.2d 688 (Minn. Ct. App. 2004)	89

<i>McGuire v. Davidson Manufacturing Corp.</i> , 238 F.Supp.2d 1096 (N.D.Iowa 2003)	84
<i>Merrell Dow Pharms., Inc. v. Havner</i> , 953 S.W.2d 706, 718 (Tex. 1997)	89
<i>Newman v. Motorola</i> , 218 F. Supp.2d 769 (D.Md. 2002), 776	88
<i>Newman v. Motorola, Inc.</i> , 218 F.Supp.2d 769 (D. Md. 2002)	86
<i>Norris v. Baxter Healthcare Corp.</i> , 397 F.3d 878 (10th Cir. 2005)	88
<i>Patricia A. Zuchowicz v. United States of America</i> , 140 F.3d 381 140 F.3d 381	87
<i>Patricia A. Zuchowicz v. United States of America</i> , 870 F. Supp. 15, 1994 U.S. Dist	88
<i>People v. Collins</i> , 405 N.Y.S.2d 365, 368 (N.Y. Sup. Ct. 1978)	65
<i>Schafersman v. Agland Coop.</i> , 631 N.W.2d 862 (Neb. 2001)	89
<i>State v. Coon</i> 976 P.2d 386, 95 A.L.R.5th 729 (Alaska 1999)	88
<i>State v. Hall</i> , 297 N.W. 2d 80, 85 (Iowa 1980)	66
<i>State v. Jones</i> , 922 P.2d 806, 809 (Wash. 1996)	65
<i>State v. Porter</i> , 241 Conn. 57, 694 A.2d 1262 (1997)	88
<i>U.S. Sugar Corp. v. Henson</i> , 823 So.2d 104 (Fla. 2002)	88
<i>U.S. v. Williams</i> , 583 F.2d 1194, 1998, 3 Fed. R. Evid. Serv. 1063 (2d Cir. 1978).....	65
<i>United State v. Downing</i> , 753 F2d 1224, 1242 (3d Cir 1985)	74
<i>United States v. Conn</i> , 297 F.3d 548 (7th Cir. 2002)	85
<i>United States v. Horn</i> , 185 F.Supp.2d 530 (D.Md. 2002)	84
<i>United States v. Johnson</i> , 575 F.2d 1347, 1360 (5th Cir. 1978)	6

<i>Valentine v. PPG Indus., Inc.</i> , 821 N.E.2d 580 (Ohio Ct. App. 2004)	89
<i>Vargas v. Lee</i> , 317 F.3d 498 (5th Cir. 2003)	88
<i>Wills v. Amerada Hess Corp.</i> , 379 F.3d 32 (2d Cir. 2004)	88
<i>Zuchowicz v. United States</i> 140 F.3d 381 (2d Cir. 1998)	87

- Casi inglesi

<i>Arab Monetary Fund v. Hashim</i> , 1992, 2 All ER 911, 913	21
<i>Buckley v. Rice</i> , (1554), Plowd 118, 124	57
<i>Casey v. Cartwright</i> [2007] 2 All ER 78, CA.	113
<i>ES v. Chesterfield & North Derbyshire Royal Hospital NHS Trust</i> [2003] EWCA Civ 1284.....	113
<i>Folkes v. Chadd</i> (1782) 3 Doug KB 157	57
<i>Hawkes (Darrell Grant) v. London Borough of Southwark</i> , February 20, 1998, Court of Appeal unreported	103
<i>Liddell v. Middleton</i> [1996] P.I.Q.R., 36	103
<i>Liverpool Roman Catholic Archdeacon Trustees Inc v. Goldberg</i> [2001] 1 WLR 2337, Ch D.	105
<i>Lord Abinger v Ashton</i> (1873-74) L.R. 17 Eq. Cas. 358	104
<i>Margaret Lakey v. Merton Sutton and Wandsworth Health Authority</i> [1999] EWCA Civ 704	104
<i>Midland Bank Trust Company Limited v Hett Stubbs & Kemp</i> 1979 1 CH, 384	125

<i>National Justice Compania Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd</i> ('the Ikarian Reefer') [1993] 2 Lloyd's Rep 68	105, 109
<i>Oxley v. Penwarden</i> [2001] Lloyds Rep Med 347, CA	113
<i>Peet v. Mid Kent Healthcare Trust</i> [2002] 1 WLR 210, CA.	113
<i>R v. Bonython</i> 1984 SARS p45	125, 126
<i>R v. Inch</i> [1989] 91 Cr App R 51.	101
<i>R. v. Ibrahima</i> [2005] Crim. L.R. 887, CA.	101
<i>R. v. Turner</i> [1975] QB 834 (CA). 59	59, 102
<i>Ransom v. Sir Robert McAlpine & Sons Ltd.</i> , 11 KIR 141	115
<i>Richardson v. Redpath Brown & Co. Ltd</i> [1944] A.C. 62, 70	120
<i>Re AB (child abuse: expert witnesses)</i> [1995], 1 FLR 181	109, 126, 128
<i>Re D (evidence: facilitated communication)</i> [2001], 1 FLR 148	126
<i>Spedding v. Fitzpatrick</i> , 1888, 38 Ch.D. 410	24
<i>Thompson v. Glasgow Corporation</i> , SLT 237, 246, (1961)	33
<i>Toth v. Jarman</i> [2006] EWCA civ 1028	105
<i>United Bank of Kuwait v. Prudential Property Services Ltd</i> , November 27, 1995, unreported.....	102
<i>Vernon v. Bosley</i> , no. 1 [1997] 1 All ER 577	105
<i>Ward v. James</i> (1966) 1 Q.B. 273	51
<i>Williams v. Beesley</i> (1973) 1 W.L.R. 1295	51
<i>Whitehouse v. Jordan</i> , [1981] 1 All ER 267	106

- Corte europea dei Diritti dell'Uomo

Van Orshoven v. Belgium (1998) 26 EHRR 55120

BIBLIOGRAFIA

- A.A. V.V., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quaderni della rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2005.
- AA. VV., *States Move to Daubert, Even When They Say They're Stuck on Frye*, in *Prod. Safety & Liab. Rep. (BNA)*, 30, 2002.
- ABRAHAM H.J., *The judicial process: an introductory analysis of the Courts of the United States, England and France*, 7 ed., Oxford University Press, NewYork, 1998.
- ABRAMSON J., *We, the Jury: the jury system and the ideal of democracy*, Harvard University Press, NY, 2002.
- ALLDRIDGE P., *Scientific Expertise and Comparative Criminal Procedure*, in *Evidence & Proof*, 3, 1999.
- ALLEN R. J., *Expertise and the Supreme Court: what is the problem?*, in *Seton Hall L. Rev.* 34, 1, 2003, p. 2, disponibile in internet a: law.shu.edu/journals/lawreview/library/vol_34/34_1/Allen.pdf.

- ALLEN R. J. - MILLER J. S., *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in *Northw. Un. L. Rev.* 87, 1993.
- ANDREWS N., *A New Civil Procedure Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in *Civil Justice Quarterly*, 19, 2000.
- ANSANELLI V., *Problemi di corretta utilizzazione della "prova scientifica"*, in *RTDPC*, 2002.
- ANSANELLI V., *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Giuffrè, Milano, 2011.
- BALDAS T., *Judges Going to School for Training in Science*, in *Nat'l L.J.*, 24, July 2006.
- BARTLETT R., *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, OUP - Clarendon Press, Oxford - New York, 1986.
- BEECHER-MONAS E., *Evaluating Scientific Evidence - An interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, CUP, New York, 2007.
- BERGER M. A., *The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony*, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Justice Center, 2d ed. 2000.

- BERGER M. A., *What has a decade of Daubert wrought?*, in *American Journal of Public Health* 95, S1, July 2005.
- BERNSTEIN DAVID. E., *Junk Science in the United States and the Commonwealth*, in *Yale J Int'Law*, 21, 1996.
- BLACK B., *A Unified Theory of Scientific Evidence*, in *Fordham L. Rev.*, 56, 1988.
- BLACK B., AYALA F. J., AND SAFFRAN-BRINKS C., *Science and the Law in the Wake of Daubert: A New Search for Scientific Knowledge*, in *Texas Law Review*, 72, 1994.
- BLACKSTONE SIR WILLIAM, *Commentaries on the Laws of England (1765-69)*, Callaghan and Company, Chicago, 1884.
- BLOM-COOPER L., *Experts and assessors: past, present and future*, in *C.J.Q.*, 21, 2002.
- BORUTTI S., *Filosofia delle scienze umane: le categorie dell'antropologia e della sociologia*, Mondadori, Milano, 1999
- BOYCE RONALD N., *Judicial Recognition of Scientific Evidence in Criminal Cases*, in *Utah L. Bv.*, 8, 1964.
- CAPPELLETTI M., GARTH B. G., *Civil Procedure*, in *XVI International Encyclopedia of Comparative Law*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1987.

- CARPI F., TARUFFO M., *Commentario Breve al codice di Procedura Civile*, CEDAM, Padova, 2006 (ARTT. 51 E 192).
- CAUDILL DAVID S., *Lawyers Judging Experts: Oversimplifying Science and Undervaluing Advocacy to Construct an Ethical Duty*, in *Pepp. L. Rev.*, 38, 2011.
- CHASE O. G., *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, in *Am. J. Comp. L.*, 50, 2002.
- CHASE O. G., *Gestire i conflitti, Diritto, cultura e rituali*, Editori Laterza, Bari, 2009.
- CHASE O. G. ET ALII, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, St. Paul, 2007.
- CLERMONT-SCHERWIN, *A Comparative View of Standards of Proof*, in *Am. J. Comp. Law*, 50, 2002, pp. 251 ss.
- COKE E., *Commentary on Littleton*, Thomas ed., 1818.
- COMANDÈ G., PONZANELLI G., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato: atti del Convegno tenutosi a Pisa il 22-24 maggio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004.

- COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY IN FORENSIC SCIENCE, National Research Council, *DNA Technology in Forensic Science*, Washington D.C., 1992, in <http://www.nap.edu/openbook.php?isbn=0309045878>.
- COMOGLIO L.P., *Le prove civili*, UTET, Torino, 2010.
- COMOGLIO L.P., FERRI C., TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Il mulino, Bologna, 1998.
- COMOGLIO L.P., *L'utilizzazione processuale del sapere extra-giuridico nella prospettiva comparatistica*, in *RDP*, 2005.
- CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese : le fonti*, 3. ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- CRUMP D., *The trouble with Daubert-Kumho: reconsidering the Supreme Court's philosophy of science*, in *Mo. L. Rev.*, 68, 2003.
- CWIK C. H., NORTH J. L. (eds.), *Scientific Evidence Review, Monograph no. 4*, ABA - Section of Science and Technology, Chicago, 1999.
- DAMAŠKA M.R., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparativa del processo*, Il mulino, Bologna, 1991.
- DAMAŠKA M.R., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003.

- DAVID R., *Les grand systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, 1973.
- DAWSON J.P., *A History of Lay Judges*, CUP, Cambridge, 1960.
- DE CATALDO NEUBURGER L., *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.
- DENNIS I. H., *The law of evidence*, 2 ed., Sweet & Maxwell, London, 2002.
- DENTI V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *RDP*, 1972.
- DIXON L., GILL B., *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since Daubert Decision*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2001, disponibile in internet, http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/2005/MR1439.pdf.
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica : gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- DONDI A., *Paradigmi processuali ed expert witness testimony nel diritto statunitense*, in *RTDPC*, 1996.
- DONDI A., *problemi di utilizzazione delle " conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *RTDPC*, 2001.

- DUFRAIMONT L., *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, in *McGill L.J.*, 53, 2008.
- DWYER D. M., *What Does It Mean To Be Free? The Concept Of "Free Proof" In The Western Legal Tradition*, disponibile a: <http://www.bepress.com/ice/vol3/iss1/art6>.
- ELLIOT D.W. AND PHIPSON S.L. , *Manual of the law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 1967.
- FAIGMAN D. ET ALII, *Check Your Crystal Ball at the Courthouse Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying about the Future of Scientific Evidence*, in *Cardozo L. Rev.*, 15, April 1994.
- FAIGMAN D. ET ALII, *Modern Scientific evidence : the law and science of expert testimony*, Thomson/West, St. Paul, Minn, 2008.
- FELDMAN M. L. C., *May I have the next dance, Mrs. Frye?*, in *Tul. L. Rev.*, 69, 1995, 793.
- FENNER G. MICHAEL, *The Hearsay Rule*, Carolina Academic Press, Durham, N.C., 2009.
- FIELD LR. H., KAPLAN B., CLERMONT K. M., *Civil Procedure*, University Casebook Series, New York, 1997, 7th ed.

- FOSTER K. R., HUBER P.W., *Judging Science, Scientific Knowledge and the Federal Courts*, The MIT Press, Cambridge – London, 1997.
- FRANKEL M.E., *The Search for the Truth: An Umpireal View*, in *U. Pa. L. Rev.*, 123, 1975.
- FRIEDENTHAL J. H. ET ALII, *Civil Procedure, Cases and Materials*, Thomson – West, St. Paul, 9th Ed., 2008.
- FROSINI B., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, 2008, UTET, Torino.
- GATOWSKI, S.I., DOBBIN, S.A., RICHARDSON, J.T., NOWLIN, C. & GINSBURG, G.P., *The diffusion of scientific evidence: A comparative analysis of admissibility standards in Australia, Canada, England, and the United States, and their impact on social and behavioural sciences*, in *Expert Evidence: The International Digest of Human Behaviour, Science, and Law*, 4(3), 1996.
- GIANNELLI PAUL C., *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half and a Century Later*, in *Colum. L. Rev.* 80, 1980.

- GIANNELLI PAUL C., *Daubert: interpreting the Federal Rules of Evidence*, in *Cardozo L. Rev.* 15, 1994.
- GIANNELLI - IMWINKELRIED JR EDWARD L., *Scientific Evidence*, Lexis Nexis, Newark, 2007.
- GIUSSANI A., *Le "mass tort actions" negli Stati Uniti*, in *RCDP*, 1988.
- GOLD S., *Causation in toxic torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, in *The Yale Law Journal*, 96, (Dec., 1986).
- GOODMAN MAXINE D., *A Hedgehog on the Witness Stand – What's the big Idea?: The Challenges of Using Daubert to Assess Social Science and Nonscientific Testimony*, in *Am. U.L. Rev.*, 59, February 2010.
- GORDON P.L., *Amendments To The Federal Rules Of Civil Procedure And The Federal Rules Of Evidence*, in *Colo. Law*, 30, 2001.
- GRAHAM MICHAEL H., *Federal rules of evidence in a nutshell*, West publishing, St. Paul, Minn., 1987.
- GROSS S., *Expert Evidence*, in *Wisc. L. Rev.*, 1991.
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari, Laterza, 2006.

- HAND L., *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, in *Harv. L. Rev.* 15, 1901.
- HAYES A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, 89, 1976.
- HAZARD G.C., *La nozione di "substantial evidence" nel processo civile statunitense*, in *RTDCP*, 1996 .
- HIGGINBOTHAM P. E., *The Disappearing Trial and Why We Should Care*, in www.rand.org/publications/randreview/issues/summer2004/28.html.
- HUBER P. W., *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991.
- IMWINKELRIED EDWARD J., *The Next Step After Daubert: Developing a Similarly Epistemological Approach to Ensuring the Reliability of Nonscientific Expert Testimony*, in *Cardozo L. Rev.* 15, 1994.
- IMWINKELRIED EDWARD J., *Evidentiary Balance*, in *Nat'l L.J.*, May 13, 2002.
- INGMAN T., *The english legal process*, 9 ed., Oxford University Press, NewYork, 2002.
- JACKSON C., *The uses and abuses of experts and their evidence*, in *J.P.I.L.*, 2000.

- JACKSON J. D., *Making Juries Accountable*, in *Am. J. Comp.L.*, 50, Summer 2002.
- JAMES JR F., HAZARD JR G. C., LEUBSDORF J., *Civil Procedure*, Little Brown and Company, New York, 2001.
- JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici : la regolazione giuridica della scienza in America*, Giuffrè, Milano, 2001 (trad. da *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1997).
- JOHNSON M. T. ET ALII, Fed. Judicial Ctr., *Expert Testimony in Federal Civil Trials: A Preliminary Analysis*, 2000.
- JOLOWICZ J.A., *On civil procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- JOLOWICZ J.A., *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *International and Comparative Law Quartely*, April 2003.
- JONAKAIT R.N., *The American Jury System*, Yale University Press, New Haven , 2003.
- JÖRG N., FIELD S., BRANTS C., *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in C. HARDING, P. FENNELL, N. JÖRG AND B. SWART (curr.) *Criminal Justice in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

- KAGAN R., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2001.
- KASSIRER JEROME P. & CECIL JOSEPH S., *Inconsistency in Evidentiary Standards for Medical Testimony: Disorder in the Courts*, in *Journal of the American Medical Association* 288, 2002.
- KAYE CD. H. ET ALII, *The new Wigmore: a treatise on evidence – Expert Evidence*, Wolters Kluwer Law & Business - Aspen Publishers, Austin – Frederick, 2011;
- KEANE A., *The Modern Law of Evidence*, OUP, New York, 2010, p. 532.
- KIERNAN J. S., *The Litigation Manual: Special problems and appeals*, Section of Litigation, American Bar Association., Chicago, 1999.
- KOEHLER J. J., *When Are People Persuaded by DNA Match Statistics?*, in *25 Law and Human Behavior*, (Oct., 2001).
- KOTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995.
- KOTZ H., *Civil Justice Systems in Europe and in the United States*, in *Duke J. Comp. & Int'l* 13, Summer 2003.
- LANGBEIN JOHN H., *The German Advantage in Civil Procedure*, in *U. Chi. L. Rev.*, 52, 1985.

- LANGBEIN JOHN H., *The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, in *Colum. L. Rev.*, 96, 1996.
- LIPSET S. M., *American Exceptionalism: A Double-Edged Sword*, W. W. Norton & Company, New York, 1997.
- LITAN R. E., *Verdict: Assessing the civil jury system* , Washington, D.C.: The Brookings Institution.
- LLOYD-BOSTOCK S., THOMAS C., *Decline of the "little Parliament": juries and jury reform in England and Wales* , in *Law & Contemp. Prob.*, 62 , 1999.
- LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *RDP*, 2002.
- LUBET S., *Expert Witnesses: Ethics and Professionalism*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 12, Spring 1999.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- LUNEBURG W., NORDENBERG M., *Specially Qualified Juries and Export Nonjury Tribunals*, in *67 Va. L. Rev.*, 1981.

- MAJMUDAR KAUSHAL B., *Note, Daubert v. Merrell Dow: A Flexible Approach to the Admissibility of Novel Scientific Evidence*, in *Harv. J.L. & Tech.*, 7, 1993.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, *Il processo di cognizione*, Giappichelli, Torino, 2003.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, vol I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MARKESINIS B. S. & DEAKIN S. F., *Tort law*, 4. ed., Oxford, Clarendon press, 1999.
- MARLIN RUSSEL D., *Scientific Evidence: Standard of Review Raises Questions of Fit. General Electric Co. v. Joiner*, 118 S. Ct. 512 (1997), in *U. Ark. Little Rock L. Rev.*, 21, 1998.
- MARTIN M. M., CAPRA D. J., *Federal Rules of Evidence Manual*, LexisNexis, Newark, N.J, 2002.
- MATTEI U., *Common Law - Il diritto anglo americano*, UTET, Torino, 1994.
- MATTEI U., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 5-44.
- MATTEI U., *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010.
- MC CORMICK C., *On Evidence*, West, St. Paul, Minn, 1972.

- MCEWAN J., *Evidence and the adversarial process : the modern law*, Blackwell, Oxford - Cambridge, 1992.
- MELVILLE E., *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999.
- MERRYMAN J., *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.
- MILICH P. S., *Controversial Science in the Courtroom: Daubert and the Law's Hubris*, in *Emory L. J.*, 43, 1994.
- MILLAR R. W., *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark (N.J.), 2005.
- MITCHELL J., *Controversial scientific evidence in children's cases*, in *New Law Journal*, 151, 2001.
- MOCCIA L., *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Giuffr , Milano, 2005.
- MOENSSENS ET ALII, *Scientific Evidence in Civil and Criminal Cases*, Foundation Press - Thomson/West, New York - St. Paul, Minn, 2007.

- MOGCK D.L., *Are We There Yet?: Redefining the Test for Expert Testimony Through Daubert, Kumho Tire and Proposed Federal Rule of Evidence 702*, in *Conn L. Rev.*, 33, 2000.

- MONATERI P.G., *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 1997.

- MONTINARO R., *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 2012.

- MONTZ C.L., *Trial Judges As Scientific Gatekeepers After Daubert, Joiner, Kumho Tire, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This ?*, in *U. West. L.A. L. Rev.*, 33, 2001.

- MOORE L.E., *The Jury. Tool of Kings Palladium of Liberty*, Anderson Pub., Cincinnati, 1988.

- MORGAN EDMUND M., *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence* , in *The University of Chicago Law Review*, 4, Feb. 1937.

- MORSEK L., *Scientific and Non-Scientific Expert Evidence: Kumho's Expansion of Daubert*, in *Akron L. Rev.*, 34, 2001.

- MOSCONI F., *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, UTET, Torino, 2001.

- MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence*, Aspen Law & Business, Gaithersburg – New York, 1999.

- MUELLER C. B, KIRKPATRICK L. C., *Evidence under the Rules*, Aspen Publishers, New York, 2008.
- MURPHY P., *Evidence, proof, and facts: a book of sources*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- MURPHY P., *Murphy on evidence*, 8 ed., Oxford University Press, Oxford, 2003.
- NEAL WENDY S., *General Electric Co. V. Joiner*, 118 S. Ct. 512 (1997): *The Future of Scientific Evidence in Toxic Tort Litigation*, in *U. Cin. L. Rev.*, 67, Spring 1999.
- OSBORN A.S., *Reasons and Reasoning in Expert Testimony*, in *Law & Contemp. Probs.*, Oct. 1935.
- PEARL S., LUXMOORE G., COOPER D. A., *The judge as gatekeeper - a US practice worth adopting*, in *New Law Journal*, 148, 1998.
- PETTYS TODD E., *The Immoral Application of Exclusionary Rules*, in *Wis. L. Rev.*, 2008.
- POLE J.R., *"A Quest of Thoughts": Representation and Moral Agency in the Early Anglo-American Jury*, in JOHN W. CAIRNS, GRANT MCLEOD, *The Dearest Birth Right of the People of England. The Jury in the History of the Common Law*, Hart, Oxford, 2002.

- PROFFATT J., *A Treatise on Trial by Jury*, Cambridge, New York, 1877.
- RABIN R., *Le prove scientifiche nelle controversie di responsabilità civile: l'esperienza nord americana*, in *Danno e responsabilità*, 2004.
- RESNICK J., *Managerial Judges*, in *96 Harvard Law Review*, 1986.
- RISINGER D. M., *Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock?*, *Alb. L. Rev.* 64, 2000.
- ROBERTS P., *Tyres with a 'Y' : An English Perspective on Kuhmo Tire and its Implications for the Admissibility of Expert Evidence*, in *International Commentary on Evidence*, 1, 1999.
- ROBERTSON C. T., *Blind Expertise*, in *N.Y.U.L. Rev.* 85, April 2010, p. 188.
- SAKS M. J., FAIGMAN D. L. ET ALII, *Annotated Reference Manual on Scientific Evidence, Second*, Thomson – West, St. Paul, 2004.
- SALES B. D. & SCHUMAN D. W., *Experts in court: reconciling law, science, and professional knowledge*, American Psychological Association, Washington, DC, 2005.
- SANDERS J., *From Science to Evidence: The Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, in *Stanford Law Review*, 46, (Nov., 1993).

- SANDERS J., *Daubert, Frye, and the States: thoughts on the choice of a standard*, in *The whole truth? Experts, evidence, and the blindfolding of the jury*, Report of the 2006 Forum for State Appellate Court Judges, Pound Civil Justice Institute, Washington D.C., 2007.
- SAROKIN H.L. & MUNSTERMANN G.T., *Recent Innovation in Civil Jury Trial Procedures*, in R. E. Litan, *Verdict: Assessing the civil jury system*, Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1993.
- SCHAUER F., *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, CUP, Cambridge, 1982.
- SCHLESINGER R. B. et alii, *Comparative Law*, Foundation Press, New York, 2009.
- SCHUCK P. H. , *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in 53 *The University of Chicago Law Review*, (Spring, 1986).
- SCHULHOFER S.J., *Is Plea Bargaining Inevitable?*, in *Harvard Law Review*, 97, (March 1984).
- SCHUMM J.M., *Precious little guidance to the "gatekeepers" regarding admissibility of nonscientific evidence: an analysis of Kumho Tire Co. V. Carmichael*, in *Fla. St. U. L. Rev*, 2000.
- SHAPIRO B. J., *A Culture of Fact: England, 1550-1720*, Cornell University Press, New York, 2000.

- SHAVIRO D., *Statistical-Probability Evidence and the Appearance of Justice* in *Harvard Law Review*, 103, (Dec., 1989).
- SIME S., *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2002.
- SIME S., *Civil procedure (a practical approach)*, 5 ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.
- SMITH DOUGLAS G., *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposals for Reform*, in *Ala. L. Rev.*, 48, 1997.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2003.
- STELLA F., *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Giuffrè, Milano, 2005.
- STERLOCCHI C., *La prova scientifica nell'esperienza statunitense. I criteri di affidabilità nelle elaborazioni post Kumho Tire (Pt. I)*, in *Il Foro ambrosiano*, 2004.
- STERLOCCHI C., *La prova scientifica nell'esperienza statunitense. I criteri di affidabilità nelle elaborazioni post Kumho Tire (Pt. II)*, in *Il Foro ambrosiano*, 2004.
- STRONG J.W., *McCormick on evidence*, West Publishing, St Paul, 1992.

- SWARD ELLEN E., *The Decline of the Civil Jury*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2001.
- TAPPER C., *On Evidence*, 9 ed., Butterworths, London, 1999.
- TARUFFO M., *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, CEDAM, Padova, 1979.
- TARUFFO M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*. in RDP, 1984.
- TARUFFO M., *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civilistica, VI, Torino, 1990.
- TARUFFO M., *Libero convincimento del giudice: diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *L'istruzione probatoria*, in RTDPC, 1993.
- TARUFFO M., *Le prove*, in RTDCP, 1995.
- TARUFFO M., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in RTDCP, 1996.

- TARUFFO M., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in RTDPC, 1997.
- TARUFFO M., *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVI, UTET, Torino, 1997.
- TARUFFO M., *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.
- TARUFFO M., *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001.
- TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in RTDPC, 2001.
- TARUFFO M., *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- TARUFFO M., *Conoscenza Scientifica e decisione Giudiziaria: profili generali*, in A.a. V.v., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, in *Quaderni della rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2005.
- TARUFFO M., *La prova scientifica nel processo civile*, in RTDCP, 2005.
- TARUFFO M., *La prova del nesso causale*, in RCDP, 2006.
- TARUFFO M., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Giuffrè, Milano, 2008.

- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009.
- TELLUS INSTITUTE, *Daubert: the most influential Supreme Court ruling you've never heard of*, A Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy, a: <http://www.defending-science.org/upload/Daubert-The-Most-Influential-Supreme-Court-Decision-You-ve-Never-Heard-Of-2003.pdf>.
- TEPLY L. L., WHITTEN R. U., *Civil Procedure*, Foundation Press, New York, 4th ed., 2009.
- The Harvard Law Association, *Reliable Evaluation of Expert Testimony*, *Harvard Law Review*, Vol. 116, n. 7 (May, 2003).
- THOMPSON WILLIAM C., *Evaluating the Admissibility of New Genetic Identification Tests: Lessons from the "DNA War"*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 84, (Spring, 1993).
- THORNBURG E. G., *The Managerial Judge Goes to Trial*, in *U. Rich. L. Rev.*, 44, 2010.
- TILFORD MCCORMICK, *McCormick On Evidence*, Thomson/West, St. Paul, Minn, 2006.

- TONINI P., *La prova scientifica*, in SPANGHER G., *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, UTET, Torino, 2009.
- TROCKER N., *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, *Rassegna Forense*, 2006.
- TROCKER N., "Civil law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2007.
- TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della corte di giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2010.
- TROCKER N., VARANO V. (curr.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective an International conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*, Giappichelli, Torino, 2005.
- TWINING W., *Analysis of evidence: how to do things with facts*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1991.
- VAN CAENEGEM RAOUL C., *Sistemi giuridici europei*, Il mulino, Bologna, 2003.
- VARANO V., *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009.

- VARANO V., BARSOTTI V., *Argomenti per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, Torino, 2003.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, Torino, 2006.
- VELLANI M., *Consulente Tecnico*, in *Novissimo Dig. it.*, IV, UTET, Torino, 1959.
- VELLANI M., *Consulenza Tecnica nel Proc. Civ.*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., III, UTET, Torino, 1988.
- VINCENT J. – GUINCHARD S., *Procédure civile*, Précis Dalloz, Paris, 1996.
- VISCUSI W. KIP, *Jurors, Judges, and the Mistreatment of Risk by the Courts*, in *J. Legal Stud.* 30, 2001.
- WALTON D., *Witness Testimony Evidence – Argumentation, Artificial Intelligence, and Law*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- WATERS N., *Standing guard at the jury's gate: Daubert's impact on the state courts*, in *The whole truth? Experts, evidence, and the blindfolding of the jury*, Report of the 2006 Forum for State Appellate Court Judges, Pound Civil Justice Institute, Washington D.C., 2007.

- WHINERY LEO H., *Expert Testimony Trends in State Practice and the Uniform Rules of Evidence*, in *New Directions in Expert Testimony: Scientific, Technical, and Other Specialized Knowledge Evidence in Federal and State Courts*, ALI-ABA Course of Study, Apr. 26, 2001.

- WILLIAMS J.M. e MELVILLE E., *Science, Judges, Experts and the New Rules*, in *Journal of Personal Injury Law*, Sep. 1999.

- WOOLF H., *Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Stationery Office Books, London, 1996,
 disponibile a:
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>.

- WRIGHT R.W., *Causation in tort law*, in *California Law Rev.*, 73, (Dec., 1985).

- YEAZELL S. C., *The New Jury and the Ancient Jury Conflict*, in *U. Chi. Law Forum*, 1990.

- YOUNGER I. et alii, *Principles of Evidence*, LexisNexis, Newark – San Francisco – Charlottesville, 2007.

- ZUCKERMAN ADRIAN A. S., *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

- ZUCKERMAN ADRIAN A. S., *Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure Reform*, in S. Chiarloni, P. Gottwald, Adrian A. S. Zuckerman (curr.), *Civil Justice in Crisis*, OUP, New York, 1999.
- ZWEIGERT K.- KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privatrechts. Band I. Grundlagen*, Mohr Siebeck e.K., Tübingen, 1971.
- ZWEIGERT K.- KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Giuffré, Milano, 1998.