

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

ISSN 0391-1896

Anno LXX Fasc. 2 - 2016

Ferruccio Auletta

LA PROVA SCIENTIFICA: DIRITTO, EPISTEMOLOGIA, STRUMENTI D'ACQUISIZIONE

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

FERRUCCIO AULETTA
Ordinario dell'Università di Napoli « Federico II »

La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione (*)

SOMMARIO: 1. Il processo come modello epistemico? — 2. I limiti normativi attuali a una disciplina epistemica del processo. — 3. Il processo civile davanti all'autorità giudiziaria e il necessario fondamento sociale della decisione. — 4. Le fonti esperte come fattore del *due process* e di *social epistemology*. — 5. Il primato della democrazia sulla tecnocrazia. — 6. Il peculiare metodo scientifico del processo: il contraddittorio. — 7. (*Segue*): il valore del contraddittorio anche presso il giudice specializzato. — 8. Strumenti di acquisizione della prova scientifica nell'esperienza degli ordinamenti di *civil law* e di *common law*: revisioni storiche, evoluzioni recenti e ibridazioni reciproche. — 9. Il contraddittorio con (e non soltanto tra) le parti sulla scelta della fonte esperta.

1. — Per focalizzare in modo adeguatamente progressivo il tema degli strumenti d'acquisizione della prova scientifica conviene muovere dal rapporto tra diritto (processuale) ed epistemologia.

Una recente introduzione al tema, curata da Flora Di Donato e Francesca Scamardella ⁽¹⁾, dà conto delle posizioni più accreditate, tra le quali è senz'altro quella di Taruffo: lo studioso italiano afferma che « è *necessario* indirizzare il processo verso la scoperta della verità » ⁽²⁾. Egli più di altri tratta, dunque, del processo come di un modello eminentemente epistemico, nel senso di ritenerlo strumento per la determinazione della verità oggettiva (ferma le relatività di

(*) È il testo della lezione magistrale per il dottorato in scienze giuridiche della Scuola di giurisprudenza dell'Università di Bologna tenuta il 16 novembre 2015.

⁽¹⁾ DI DONATO-SCAMARDELLA, *Epistemologia e processo: un approccio di socio-clinical law per l'analisi narrativa di casi giudiziari*, in *Sociol. dir.*, 2013, 3, p. 75 ss.

⁽²⁾ TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 135.

contesto e di metodo). Ed « è il giudice a garantire la funzione epistemica » (3).

Diverso è l'approccio, per es., di Chase, del quale è nota l'analisi del processo seguito dagli Azande, il popolo dell'Africa centrale dov'è in uso il c.d. oracolo del veleno, onde rimane stabilito il rito della somministrazione di dosi di veleno a un pulcino dalla cui morte o sopravvivenza deriverà il giudizio di fondatezza dell'accusa di adulterio mossa a un individuo (4): in questo modo lo studioso americano getta luce sui limiti di un puro approccio epistemico al processo, che è « lo specchio della società » (5).

È chiaro dalla contrapposizione proposta come scopo essenziale del processo sia, per l'uno, accertare la verità, per l'altro risolvere la controversia, ma altrettanto chiari sono tanto l'irrinunciabilità di quest'ultimo obiettivo quanto i limiti insuperabili all'acquisizione del primo: limiti la cui insuperabilità vorrei indicare di séguito limitandomi al censimento di quelli di rango normativo.

2. — Il processo come modello epistemico è oggi contrastato anzitutto dalla prescrizione del sistema di fissazione dei fatti controversi: a far tempo dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, infatti, « salvi i casi previsti dalla legge, il giudice *deve* porre a fondamento della decisione [...] i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita » (art. 115, comma 1°, c.p.c.). Ed è intuitivamente contrario all'orientamento finalistico della verità e alla posizione di garanzia epistemica che si pretenderebbe assegnare al giudice la soggezione di questo a quella sorta di verità convenzionale delle parti che si produce per via della non-contestazione (vien fatto di dire, abusando del titolo di Michelino Taruffo, che questa qui è la vera e propria « costruzione dei fatti », e non più di loro scoperta è a dirsi, magari con quell'enfasi ancora propria della più recente codificazione brasiliana, che infatti usa espressioni quali *a verdade dos fatos* [artt. 369, 504] ovvero di *o descobrimento da verdade* [art. 378]).

Più in generale, si assiste — in dimensione non soltanto nazio-

(3) DI DONATO-SCAMARDELLA, *op. cit.*, p. 86.

(4) Cfr. *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Roma-Bari, 2009, spec. cap. 2 « La lezione degli Azande ».

(5) DI DONATO-SCAMARDELLA, *op. cit.*, p. 87.

nale — a una crescente quota di elementi convenzionali nel sistema di regolazione delle controversie, al fenomeno di *contracting for procedure* sul quale — di là della più recente introduzione di principi legislativi *ad hoc*, com'è per gli artt. 190 e 464 del *Novo Código de processo civil* in vigore in Brasile —, molti studiosi stanno indagando da tempo ⁽⁶⁾.

In effetti, più che di un cedimento dell'architettura epistemica del processo, il fenomeno si traduce nel suo approssimarsi e adeguarsi ai valori di razionalità e di ragionevolezza correnti nella comunità in nome della quale la giustizia è amministrata. Né potrebbe darsi altrimenti: è la Costituzione a dettare, in apertura del Titolo dedicato a « La magistratura », il precetto per cui « la giustizia è amministrata in nome del popolo » (art. 101). Il che impone di regolare il processo come forma di espressione dei valori logico-razionali (nel grado in cui siano) riconosciuti dal popolo, nel cui nome la decisione è pronunciata.

Senza troppi giri di parole, una norma costituzionale del genere tollererebbe, ove vigente presso gli Azande, anche un processo che facesse dipendere dal *benge* il suo esito.

3. — Naturalmente, il discorso sin qui condotto è contenuto entro i confini della giurisdizione dello Stato e, pertanto, non pretende di avere riflessi sulle forme di giustizia non statuali: mi limito a dire, qui, che l'identità di effetti tra lodo e sentenza dell'autorità giudiziaria, positivamente fissata dall'art. 824-*bis* c.p.c., non implica necessariamente l'identità delle rispettive funzioni, ma riconosco che possono aversi svolgimenti più sottili dell'argomento che intendo tralasciare in questa sede.

Allo stesso modo, d'ora in poi devo ulteriormente ridurre il campo d'indagine e mettere a fuoco la materia, separando da quella indagata il processo penale. Già la sola diversità degli strumenti d'acquisizione della prova scientifica va a sostenere l'esigenza di

⁽⁶⁾ Cfr. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, *passim*; CADIET, *Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in AA.VV., *Accordi di parte e processo*, in questa rivista, 2008, p. 8 ss.; CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 45 ss.; FABBI, *Gli accordi processuali nel diritto federale statunitense: spunti sistematici*, inedito consultato per la cortesia dell'a., che al § 3.3.7 si occupa delle « convenzioni private » in materia di prove, col corredo di letteratura sul tema della « tension between the values of party autonomy and fact-finding reliability ».

mantenere separati gli approfondimenti destinati a seguire. A questo fine si consideri, per es., l'art. 220, comma 2°, c.p.p. e la distanza diametrale che uno strumento di acquisizione può registrare nei diversi campi di applicazione, fino al vero e proprio divieto *ratione materiae* qual è quello per cui « non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche ».

In definitiva, il mio discorso attiene esclusivamente al processo civile celebrato davanti all'autorità giudiziaria, dove può subito prendersi nota del precipitato stabile del dovere costituzionale di pronunciare « in nome del popolo »: che, cioè, (anche) in tema di prova (scientifica) soccorre il bisogno di fondamento (consenso) sociale di ogni decisione giurisdizionale.

4. — Nel processo civile la fondazione della decisione sopra la regola formale dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), equivalente della decisione assolutoria penale per insufficienza di prove di cui all'art. 530. 2 c.p.p., nonostante la piena equipollenza dei suoi effetti e la indistinguibile capacità di produrre la regiudicata, presenta senz'altro un minore indice dell'impegno collettivo nella responsabilità di quanto deliberato dal magistrato. Viene da qui l'aspirazione che la disciplina degli strumenti di acquisizione di saperi idonei (tecnico-scientifici), in quanto capaci di aumentare la possibilità di pervenire a un fondamento positivo e sostanziale (*i.e.*, sociale, condiviso) della decisione stessa, trovino una garanzia costituzionale di intangibilità: garanzia che sta proprio nell'imperativo di decidere comunque « in nome del popolo », che vuol dire di impiegare tutti gli strumenti disponibili, che nei limiti della ragionevolezza possano dare base maggiormente accettabile alla decisione; quindi, far ricorso a tutti i mezzi, cominciando dall'acquisizione di saperi esperti, che riducano il raggio d'azione della regola formale di giudizio, dato che la sentenza che vi si riferisca certamente presenta il minimo grado di consenso sociale (l'esperienza dell'assoluzione per insufficienza di prove e la persistenza del sospetto che accompagna l'imputato pur dopo il verdetto assolutorio sono esperienze irrefutabili). Insomma, la prova scientifica innalza il livello di razio-

nalità della decisione e, per questa via, ne incrementa il fondamento sociale e il radicamento democratico.

Una manifestazione perspicua del contributo dei saperi esperti al tasso di democrazia, alla legittimazione sociale della decisione è rivelata anche da una recente riflessione maturata in dottrina a proposito di *statutory interpretation* (7).

George Cumming, principiando dal lessico di J. Bentham secondo cui « the purpose of procedure is rectitude of decision which requires the correct application of the law to the true facts », enfatizza come il mezzo processuale per acquisire il sapere esperto non soltanto debba collocarsi sul versante della *verità dei fatti*, ma anche su quello della *correttezza nell'applicazione della legge*, che di per sé può richiedere conoscenze esperte. È così che l'autore dà conto di eventi nei quali si registra, a suo avviso, una « factual erroneous statutory interpretation », peraltro in situazioni di « no appeal mechanism », e sostiene — con esempi tratti dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali prese in esame — che « the use of experts may serve to confer an element of social legitimacy upon a statutory interpretation » (8).

In altri termini, sovviene talora l'esigenza che persino l'interpretazione normativa abbia bisogno di una previa acquisizione del significato che alle parole può conferire adeguatamente soltanto la « comunità epistemica » di riferimento (9), quell'insieme di soggetti che abbia concorso alla elaborazione del gergo prima che transitasse in disposizioni generalmente cogenti.

Per il vero, sugli ingredienti di *expertise* che possono concorrere alla corretta enucleazione di senso dagli enunciati normativi nemmeno potrebbe tralasciarsi la posizione di una figura processuale che, sotto certi profili, sembra tornare di moda (10), cioè l'*amicus curiae*; ma dei labili confini tra il contributo dell'esperto all'inter-

(7) CUMMING, *Expert evidence deficiencies in the judgments of the Courts of the E.U. and the E.C.H.R.*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 2 s., 7.

(8) CUMMING, *op. cit.*, p. 22 s.

(9) Mutuo qui il sintagma-chiave della relazione svolta da Andrea Bianchi nel corso dello *Staff seminar*, tenuto il 4 novembre 2015 presso il *King's college* di Londra.

(10) Cfr., per es., l'art. 138 *Novo Código de processo civil* in vigore in Brasile; JONAS, *The participation of the amicus curiae institution in human rights litigation in Botswana and South Africa: a tale of two jurisdictions*, in *Journal of Africa Law*, 2015.

pretazione normativa e la funzione dell'*amicus curiae* non è questa la sede per dire.

Tuttavia, un primo risultato va definendo i suoi contorni, che cioè l'incremento *ab externo* dei fatt(or)i tecnico-scientifici rilevanti per la decisione della controversia è, in generale, un valore essenziale alla giurisdizione. L'anticipata esposizione della conoscenza dell'esperto, in luogo del conclusivo ricorso al solo giacimento di sapienza del giudice, è fattore di *due process* perché consente di svolgere pienamente il contraddittorio proprio e in quanto il contributo venga acquisito da un terzo e non origini dal foro interno dell'autore della decisione: si tratta di una forma di « social epistemology » nella misura in cui la conoscenza dell'esperto sia, a sua volta, « accepted by the community » ⁽¹¹⁾.

5. — Portato naturale di quanto precede è l'immanente bisogno di controllo democratico del sapere di pochi: si tratta di un bisogno naturale e di un controllo praticabile e necessario, implicato dalla trama normativa che direttamente interessa. Infatti, il codice richiede sempre una vera e propria novazione soggettiva del ragionamento proposto dall'esperto quando esso sia per tradursi, per la persona del magistrato, in prova inferenziale. Stabilisce l'art. 2729 c.c. che « Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice ».

Ora, questo controllo è anzitutto praticabile — e si spiega, così, l'ammissibilità logica di un controllo giudiziario del genere — dal momento che « The way in which experts perform inferential reasoning is fundamentally the same as the approach of non experts » ⁽¹²⁾; ma questo è anche un controllo necessario perché rimane il giudice l'unico depositario della logica-razionale che muove la macchina produttiva dell'asseverazione critica dei fatti.

In breve, l'uso della logica razionale costituisce l'istruzione fondamentale somministrata dal *Popolo* quale mandante all'*Amministrat[ore]* di *giustizia* suo mandatario ⁽¹³⁾, e la sostanza di ciò sta nel principio (che può ritenersi accolto dalla Costituzione della

⁽¹¹⁾ DWIER, *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge, 2008, p. 179.

⁽¹²⁾ DWIER, *op. cit.*, p. 131.

⁽¹³⁾ Si tratta di quell'« intellectual due process » di cui parla Beecher-Monas, Cambridge, 2006.

Repubblica) espresso, in sintesi, da Dèirdre Dwier col dire che « our principles of fact determination should follow the Rationalist Tradition, and our courts should not delegate fact findings to experts » (14).

Per conseguenza, occorrendo stabilmente garantire la subvalenza della tecnocrazia rispetto alla democrazia, questo non può che avvenire, all'estremo, che per la regola espressa ancora da Dwier, per cui in quelle limitate situazioni nelle quali si presentano conflitti diretti e irresolubili tra la percezione di senso comune e l'affermazione normativa dell'esperto (ovvero la generalizzazione che la sua sola scienza consente di operare), allora il senso comune deve prevalere dal momento che i consociati non sono tenuti a conformarsi a *standard* che appaiono in contrasto con quelli della società in cui vivono, mentre ciascuno deve poter ragionevolmente contare sulla relativa stabilità di quelli. E ciò almeno fino a quando l'ipotesi normativa non diventi essa stessa senso comune (15).

Una plastica applicazione di questi principi si ritrova, da ultimo, nella codificazione brasiliana di nuovo vigore, dove l'art. 375 conferma il primato dell'esperienza comune — « O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial » — e la soggezione della perizia tecnica al principio di « coerência lógica » (art. 473, IV, § 1), con conseguente dovere di esporre, da parte del giudice, le « razões da formação de seu convencimento » (artt. 479 e 371) (16).

6. — Il processo civile e la prova scientifica, dunque, in che rapporto sono tra loro: il primo corrompe la seconda o viceversa? Il metodo del processo è compatibile con quello scientifico?

(14) Cfr. DWIER, *op. cit.*, p. 370 s.

(15) DWIER, *op. cit.*, p. 72.

(16) Una coerente applicazione della sequenza normativa sta nella disciplina della perizia sostitutiva (art. 480): « O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. [...] § 3 A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra ».

Una condivisibile prospettiva da cui collocarsi per dare risposta al quesito è quella recentemente riassunta da Silvia Renzetti ⁽¹⁷⁾.

Sostiene l'autrice che, se è vero che il processo è sempre più influenzato dal sapere scientifico, d'altro canto, la stessa attività giudiziaria possiede caratteri di scientificità e deve quindi rispettare determinati principi metodologici nella ricostruzione fattuale. Ciò non significa che la scienza debba snaturarsi e divenire certezza nell'ambito del processo, ovvero che essa debba necessariamente adattarsi al suo bisogno di verità. Al contrario, è il processo stesso ad avere in sé il metodo della falsificazione, che si esplica principalmente nell'esercizio del contraddittorio per la formazione della prova.

In altri termini, la c.d. prova scientifica non può sottrarsi alle regole processuali e alle garanzie che sono fissate nel codice di procedura. Il problema della prova scientifica o tecnica, quindi, resta nient'altro che un problema di prova giudiziale, con tutte le regole e le garanzie che il contributo probatorio deve rispettare per essere posto a fondamento di una decisione. Ecco allora che, preliminarmente, bisogna intendersi sul significato dell'espressione « prova scientifica ». Tale formula, infatti, viene evocata spesso per sottintendere una categoria a sé stante, ontologicamente autonoma, e quindi bisognosa di un'apposita regolamentazione. Ma un simile approccio presuppone che il processo non sia attrezzato per recepire al suo interno il sapere e le metodologie tecnico-scientifiche. In realtà, invece, la scienza entra nel processo incanalandosi normalmente entro schemi procedimentali già fissati nel codice di rito.

In altri termini, la scientificità non determina una categoria normativa autonoma e additiva rispetto ai mezzi probatori classificati nel catalogo legale, ma sono semmai questi ultimi a qualificarsi come scientifici quando impieghino risorse tecnico-scientifiche. In una parola: è il *contraddittorio* il peculiare metodo scientifico di falsificazione delle affermazioni dei fatti che rende razionale e normalmente accettabile la decisione che si fonda sopra le prove che ne abbiano superato il vaglio. Questa metodo scientifico *ad hoc* fa dire a Dwier che « any court that involves lawyers is in a strict sense a “specialist” court, since lawyers are specialists in dealing with both

⁽¹⁷⁾ Cfr. RENZETTI, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 399 ss.

normative and factual question in a “legal” fashion. Specialist is a synonym for scientific »⁽¹⁸⁾.

È come dire che ogni giudice è un giudice specializzato: specializzato in quel metodo che costituisce l'*ubi consistam* del processo, il contraddittorio.

7. — Quali sono, allora, i « giudici specializzati » nel senso in cui veramente si pratica questa espressione?

È sapere diffuso che in presenza di una specializzazione del giudice in senso stretto cresce la soglia del c.d. notorio giudiziale e che questo indice influenza certamente l'ammissibilità (le condizioni di) della prova per esperti.

Per comprendere i termini di questo rapporto è bene rievocare il famoso precedente *McQuaker v Goddard* del 1940⁽¹⁹⁾: l'attore, vittima del morso di un cammello, aveva agito contro il proprietario dell'animale per la responsabilità civile. Il giudice non aveva ritenuto di considerare notorio senz'altro il fatto che il cammello è un animale selvatico, e ciò nonostante che il dato risultasse attestato in letteratura; in caso contrario l'attore sarebbe rimasto gravato dell'onere di provare la negligente custodia dell'animale: un onere da cui rimaneva invece assolto quando la natura del medesimo non fosse stata ritenuta domestica. Nella specie, si ricorda che venne stimata l'esigenza di acquisire *ab externo* fonti esperte, il che fece, in concreto, seguire un giudizio in favore della natura domestica del cammello, con la conseguenza di mantenere in capo all'attore l'onere della prova ulteriore della custodia negligente dell'animale da parte del convenuto.

Si può apprezzare, dall'analisi del precedente, l'altissima sensibilità del giudice per il principio del contraddittorio, che si manifesta

⁽¹⁸⁾ Cfr. DWIER, *op. cit.*, p. 367.

⁽¹⁹⁾ Ancora riprodotto da ultimo in [HODGKINSON-] JAMES, *Expert evidence: Law and practice*⁴, London, 2015, par. 1-050, e qui in compagnia di casi ben più recenti e rilevanti qual è *McTear v Imperial Tobacco Ltd*, 2005, in cui Lord Nimmo Smith rigettò l'istanza di tenere come fatto notorio che fumare causa il cancro dei polmoni e, in esito all'acquisizione dell'*expert evidence*, concluse per un difetto di prova in tal senso. Del resto, « il cancro non è un fenomeno unico », come scrive adesso M. LOTTI, *Processo al ragionevole dubbio*, in *Il Sole 24ore*, 7 febbraio 2016, 27, presentando il convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei del 9 e 10 marzo dedicato a *Giurisprudenza e scienza*.

essenzialmente nel consentire, di là della sapienza anche specialistica che si trovi nella diretta capacità del magistrato, il ricorso a fonti esterne e al loro appropriato *iter* di ingresso in causa, così alimentando il numero dei fatti rilevanti per la decisione e favorendo il contraddittorio più pieno sopra di essi.

Questo valore del metodo scientifico-processuale di falsificazione popperiana della tesi sottoposta a giudizio è finanche esaltato quando la materia controversa è trattata presso corti specializzate, « where tribunals are expected to employ their knowledge of a locality » (20).

Sennonché, « where the members of the tribunal draw upon a particular piece of a specialist knowledge which is in conflict with evidence they have heard, they should draw this to the attention of parties. While they are “entitled to use their knowledge and experience to fill gaps in the evidence about matters which will be obvious to them but which might be obscure to a layman [...] they ought to draw to the attention of the witnesses the experience that seems to them to suggest that the evidence given is wrong, and ought not to prefer their own knowledge or experience without giving the witnesses an opportunity to deal with it” ».

E ciò senza dire che, più in generale, la conoscenza tecnica che sia intima al tribunale specializzato impedisce che i giudici « retire behind the onus of proof and dismiss the plaintiff's claim », così contribuendo ancora una volta al miglior basamento sociale della decisione.

8. — Il riconosciuto valore in sé dell'*iter* d'ingresso in giudizio delle conoscenze esperte, in funzione della massima estensione del contraddittorio quale *proprium* del processo e perciò criterio di controllo dell'attendibilità delle affermazioni utilizzabili per la decisione, determina che al sub-procedimento di consulenza tecnica — prototipo degli strumenti di concludente acquisizione della prova scientifica — vada attribuito il rango di *essentiale processus*, come ho provato ad argomentare diffusamente (21), fino a rivelare le ascendenze costituzionali del procedimento di cui trattasi. Un pro-

(20) [HODGKINSON-]JAMES, *op. cit.*, par. 1-056.

(21) Cfr. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, p. 222.

cedimento, sia detto soltanto incidentalmente, che sta in rapporto alla prova scientifica secondo relazione non biunivoca, vale a dire che alla prova scientifica esso risulta necessario, ma senza immaginarne la sufficienza soltanto a tal fine, ben potendo il medesimo procedimento trovare impieghi per la raccolta di elementi non autenticamente classificabili come tecnico-scientifici.

La scoperta dell'intimità della relazione tra contraddittorio e prova scientifica, da cui deriva il carattere essenzialmente procedimentale della modalità di ingresso di quella nel giudizio (tanto nella forma degli esperti di parte che in quella dell'esperto giudiziario, secondo la tradizionale bipartizione tra sistema inglese e sistemi continentali, benché di recente ne sia stata dubitata un'origine storica esattamente corrispondente ⁽²²⁾ e la situazione largamente fattasi ibrida ovunque), non impedisce forme di acquisizione alternative quali quelle proprie dell'*assessor* o del *referee*, distinti per la circostanza che « the assessor would sit with the judge, or the expert referee would sit alone » ⁽²³⁾.

L'assessorato tecnico (in senso ampio) e l'interiorizzazione all'ufficio giudiziario della fonte esperta costituiscono, dunque, l'alternativa al procedimento di rilevazione dei dati da fonti esterne, quest'ultimo — come detto — rispondente al più alto grado del contraddittorio quale speciale metodo di controllo scientifico degli assunti da ritenere per la decisione. E, in effetti, si era già seriamente dubitato della compatibilità con l'art. 6 cedu di un regime, quale quello del Regno Unito, che consentiva « assessors privately assisting the judge ». Successivamente alla riforma di Lord Woolf (che sull'assessorato tecnico aveva promosso con l'*interim report* un'estensione applicativa, ma ne fu poi inibito da resistenze non superate di cui diede atto nel *final report*), l'art. 35.15 CPR prescrive la *disclosure* dell'opinione scritta dell'assessore, pur immunizzando quest'ultimo da ogni forma di interrogatorio successivo.

Tuttavia la risorsa dell'assessorato tecnico è assai scarsamente attinta, ridotta ormai a figura marginale di organi specializzati ⁽²⁴⁾: il che avrebbe dovuto far riflettere su quella versione domestica che ne propone(va) il d.d.l. n. 2953 (c.d. Berruti) con la direttiva di

⁽²²⁾ Cfr. DWIER, *op. cit.*, p. 237.

⁽²³⁾ DWIER, *op. cit.*, p. 280.

⁽²⁴⁾ Cfr. BLOM COOPER, *Expert in the civil courts*, Oxford, 2006, p. 113 ss.

« prevedere che il presidente della sezione, fatta salva la possibilità di nomina di un consulente tecnico di ufficio, designi uno o più esperti, a supporto conoscitivo e valutativo del collegio giudicante relativamente ai saperi diversi da quello giuridico; prevedere che detti esperti possano essere ascoltati anche nella udienza pubblica in contraddittorio con le parti; prevedere che i compensi spettanti agli esperti e le spese da questi ultimi sostenute per l'adempimento dell'incarico sono a carico delle parti ».

Piuttosto, si deve registrare l'ascesa imponente del ricorso alla figura del *Single joint expert* quale massima espressione del nuovo corso della giustizia civile inglese ⁽²⁵⁾, in cui « such [single-] experts should, as far as possible, be chosen by agreement between parties, not imposed by the court » ⁽²⁶⁾.

Nell'*Interim report* di Lord Woolf si legge: « a single expert is much more likely to be impartial than a party's expert can be. Appointing a single expert is likely to save time and money, and to increase the prospects of settlement. It may also be an effective way of leveling the playing field between parties of unequal resources » ⁽²⁷⁾. E la soluzione è stata così apprezzata al punto da far dubitare che l'individuazione del *SJE* possa talora sovvertire la precostituzione del giudice, che tende a traslare verso il perito i temi controversi. Ha scritto più di recente Dwier che « we might suspect that enthusiasm for a single expert report is an enthusiasm for delegation » ⁽²⁸⁾.

Sono personalmente lieto che sviluppi del genere abbiano riscosso successo, perché il mio personale contributo alla materia è da ben oltre un decennio (e più di recente è stato condiviso ⁽²⁹⁾) orientato all'affermazione del bisogno di scelta convenzionale del perito senza lasciarlo all'arbitraria selezione del magistrato. Ho provato più volte a spiegare che nessun elemento fiduciario ali-

⁽²⁵⁾ Di recente rivisitato già criticamente nel suo complesso: SORABJI, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms. A Critical Analysis*, Cambridge, 2014, *passim*.

⁽²⁶⁾ BLOM COOPER, *op. cit.*, p. 59.

⁽²⁷⁾ Cfr. LORD WOOLF, *Access to Justice, Interim Report*, June 1995, Chapter 23, § 20.

⁽²⁸⁾ Cfr. DWIER, *op. cit.*, p. 368.

⁽²⁹⁾ Cfr. AULETTA, *La scelta del Ctu è veramente « cosa del giudice »?*, in *Giustizia insieme*, 2009, p. 101 ss.

menta, attualmente, la relazione del giudice col c.t.u. e che paesi di tradizione prossima alla nostra e prima ancora la stessa tradizione giuridica italiana vorrebbero un soggetto che fosse nominato d'intesa con le parti ([...] *et eis discordantibus, iudex*: secondo Mascardo). Ciò contribuirebbe, tra le altre utilità collaterali, a evitare i costi fissi del c.t.p., che intuitivamente si radicano per lo più nella sfiducia verso l'ignoto c.t.u. propinato di volta in volta dal giudice.

Non si tratta di creare in tal modo le premesse di una verità negoziale, ma di svolgimento peculiare del principio di proporzionalità e di economicità, come nel nuovo *Código* brasiliano, in cui — pur a fronte di enunciati orientati all'epistemologia del processo — seguono discipline qual è quella dell'art. 472, secondo la quale « O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes ».

E proprio questa recentissima codificazione, di tradizione assai vicina a noi, può fungere da modello di esaltazione dei valori di originarietà e costanza del contraddittorio, spinto fino alla immediata prevedibilità dei costi dell'ingrediente tecnico destinati a far carico alle parti (cfr. artt. 465, § 2,I; 471, 477).

Si fa allora francamente avvilente constatare l'arretratezza in Italia degli studi (sempre più « dottrina » di estrazione giudiziaria, da qualcuno nobilmente definita « delle corti »): in un recente lavoro dal titolo significativo, *La professionalità del consulente: una scelta del giudice* ⁽³⁰⁾, si dà conto di posizioni che giungono a ritenere che, quanto al consulente d'ufficio, alla parte non dev'essere « ovviamente consentito influire sulla sua scelta pena la garanzia di imparzialità dell'esperto » ⁽³¹⁾.

9. — A me sembra di poter trarre questa conclusione: se il metodo del contraddittorio (non soltanto *tra* le parti, ma *con* le parti, come meglio avrebbe fatto a dire la Costituzione quando novellata nell'art. 111, comma 1°) è la scienza del processo, allora la

⁽³⁰⁾ ZACCARIA, in questa rivista, 2015, p. 699 ss.

⁽³¹⁾ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 717, testo e nota 80.

tri-lateralità della designazione dell'esperto ne costituisce il principio e il fondamento. Solo una scelta dibattuta e, dunque, *ab origine* esposta al sistema di confutazione della attendibilità o credibilità della scala di valori e competenze che il soggetto designato riassume può assicurare i benefici economici e sociali del dovuto ingresso del sapere tecnico-scientifico nel processo.