



N° d'ordre NNT : 2020LYSE3004

Tesi di Dottorato in cotutela tra

Università degli Studi di Napoli Federico II

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Diritto dell'economia - XXXII ciclo

Disciplina: Diritto processuale civile

e

Université Jean Moulin Lyon 3

École doctorale de Droit n° 492

Doctorat en Droit

Mention : Droit privé

Tractent fabrilia fabri:
dal giudice «esperto» al «giudizio» degli esperti?

Tractent fabrilia fabri :
du juge « expert » au « jugement » des experts ?

Sostenuta pubblicamente il 20/01/2020
Candidata: dott.ssa **Valentina Capasso**

Dinanzi alla commissione composta da:

Ch.mo prof. Ferruccio Auletta

Università di Napoli Federico II

Ch.ma prof.ssa Pascale Deumier

Université Jean Moulin Lyon 3

Directeurs de recherche

Ch.mo prof. Loïc Cadiet

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Ch.ma prof.ssa Mariacarla Giorgetti

Università di Bergamo

Membres pré-rapporteurs

Ch.mo prof. Gian Paolo Califano

Università della Campania Luigi Vanvitelli

Ch.mo prof. Giuseppe della Pietra

Università di Napoli Parthenope

Examineurs

Anno Accademico 2018/2019

SOMMARIO

Sommario

SOMMARIO	3
RINGRAZIAMENTI/REMERCIEMENTS	9
ABBREVIAZIONI/LISTE DES ABRÉVIATIONS	11
INTRODUZIONE	15
CAPITOLO I - DAL PROCESSO ALL'IMPRESA	17
1. INTRODUZIONE: LA CONVERGENZA NELLE SOLUZIONI GIURIDICHE ALLA CRISI DELLA GIUSTIZIA E LA DIVERGENZA NEI RISULTATI	17
2. LA RISPOSTA DELL'ECONOMIA: CENNI MINIMI DI <i>ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i> APPLICATA .	22
3. LA DOMANDA DI GIUSTIZIA	23
3.1 <i>LA TEORIA DELLE SCELTE RAZIONALI E LE DISTORSIONI EURISTICHE E COGNITIVE</i>	24
3.2 <i>I METODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE COME CONDIZIONI DI PROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA</i>	28
4. LE RIFORME PROCESSUALI	32
4.1 <i>LA MOLTIPLICAZIONE DEI MODELLI PROCEDIMENTALI</i>	32
4.2 <i>«FILTRI» ALLE IMPUGNAZIONI</i>	39
4.2.1 <i>L'appello</i>	43
4.2.2 <i>Il ricorso per cassazione</i>	48
4.2.3 <i>Segue: stare decisis o nomofilachia preventiva?</i>	53
5. L'AUMENTO DELL'OFFERTA, SENZA INCREMENTO DI FATTORI PRODUTTIVI	59
6. IL <i>NEW PUBLIC MANAGEMENT</i>	61
6.1. <i>L'APPLICAZIONE DEL NPM AL CAMPO DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA: PROFILI COMPARATIVI</i>	64
6.1.1. – <i>Divergenze di obiettivi</i>	67
6.1.2. – <i>Il peso della cultura</i>	69
6.2 <i>LE ESPERIENZE FRANCESE E ITALIANA</i>	70
6.2.1 <i>Il lavoro sequenziale</i>	77
6.3. <i>IL PROBLEMA DELLA VALUTAZIONE DELLA QUALITÀ DEL PRODOTTO FINALE</i>	83
7. LA REDISTRIBUZIONE DEL CAPITALE UMANO: «GIUDICE UNICO» E REVISIONE DELLA GEOGRAFIA GIUDIZIARIA	87
8. – TRANSIZIONE: UN FATTORE TRASCURATO?	98

CAPITOLO II - DALLA CONGLOMERATA AL CORE BUSINESS	101
9. – INTRODUZIONE: RITORNO AL CORE BUSINESS?	102
10. – UNA PRIMA DEFINIZIONE: LA SPECIALIZZAZIONE QUALE SINONIMO DI EXPERTISE E LA CONTROVERSA NOZIONE DI «ESPERTO»	105
11. – LE IPOTESI DI PARTENZA.....	112
12. – IL MITO DEL GIUDICE GENERALISTA	113
12.1. – L’AFFERMAZIONE DELLA FIGURA DEL GIUDICE-GIURISTA	114
12.1.1. <i>Jura novit curia: una tradizione in crisi?</i>	118
12.2. – LE MODALITÀ DI SELEZIONE DEI MAGISTRATI « ORDINARI»: VOLPI, NON RICCI	126
12.3. – FORME STRISCIANTI DI SPECIALIZZAZIONE	132
12.3.1 <i>L’opinion assignment negli Stati Uniti</i>	132
12.3.2 <i>La divisione tabellare eurocontinentale</i>	137
12.3.3 <i>I Tribunals inglesi e le Autorità Amministrative Indipendenti (cenni)</i>	139
13. VANTAGGI E SVANTAGGI DELLA SPECIALIZZAZIONE	142
13.1 PROFILI ECONOMICI	143
13.1.1. <i>Il falso problema di una Corte onnipotente ma «controllata»</i>	144
13.1.2. <i>Expertise e bias: nell’osservato o nell’osservatore?</i>	146
13.1.3. <i>Pensiero differente?</i>	152
13.1.4. <i>La difficile dimostrazione empirica dei benefici della specializzazione</i>	154
13.1.5 <i>Il taglio dei tempi complessivi del sistema</i>	158
13.2 PROFILI ORGANIZZATIVO-ORDINAMENTALI	159
13.2.1 <i>Controversie satellite sulla competenza e forum shopping</i>	159
13.2.2 <i>Il problema delle cause connesse</i>	162
13.2.3 <i>L’influenza delle fluttuazioni della domanda</i>	163
13.2.4 <i>Nuove dimensioni della nomofilachia?</i>	164
13.2.5 <i>Scarso appeal della posizione</i>	165
14. LA NECESSITÀ DI UNA TEORIA GENERALE DELLA SPECIALIZZAZIONE: LE CATEGORIE DI LEGOMSKY	169
14.1 I CRITERI DA RIGETTARE	170
14.1.1 <i>Specializzare il giudice, non la procedura</i>	170
14.1.2 <i>Fast-tracking?</i>	171
14.1.3 <i>Specializzazione non è sinonimo di alienazione</i>	172
14.1.4 <i>Una nomofilachia a macchia di leopardo?</i>	173
14.2 I CRITERI DA RITENERE	174
14.2.1 <i>La complessità (in senso ampio) delle controversie</i>	174

14.2.2 L'autoreferenzialità del ramo del diritto in questione	177
14.2.3 L'instabilità della disciplina	179
14.2.4 Le variabili «logistiche»: «volume, time per case, and geographic distribution»	179
15. IL GIUSTO EQUILIBRIO	180
16. TRANSIZIONE: L'ALTRA METÀ DELLA TASK	187
CAPITOLO III - DAL MITO ALLA REALTÀ.....	189
17. IL GIUDICE E IL FATTO TECNICO-SCIENTIFICO: LE RAGIONI DELL'INSODDISFAZIONE	189
17.1: LA PROSPETTIVA PSICOLOGICA: IL GIUDICE-GIURISTA È SOLO UN UOMO	190
17.1.1 Giudice vs. giuria: in generale	195
17.1.2 Giudice vs. giuria: la complexity exception	199
17.1.3 Giudice vs. giuria: scientific evidence et similia	201
17.1.4 Quando l'alternativa non c'è: i sistemi civilian e il rapporto giudice-esperto (cenni) ..	205
17.2 LA PROSPETTIVA FILOSOFICA: L'INTELLECTUAL DUE PROCESS.....	209
17.2.1 Qualità, giustizia, verità.....	209
17.2.2 Non conoscenza, ma justified belief	213
17.2.3 La capacità epistemica del giudice	214
17.2.4 Il contraddittorio come panacea?	216
17.2.5 Il justified belief come epistemic dependence	223
17.2.6 Intellectual due process e idoneità del giudice	227
17.3 LA PROSPETTIVA GIURIDICA: LA LEGITTIMAZIONE AL GIUDIZIO SUL FATTO E IL RAPPORTO GIUDICE-ESPERTO ..	229
17.3.1 L'an della consulenza.....	235
17.3.2 La scelta del consulente	239
17.3.3 La formulazione dei quesiti	244
17.3.4 Il procedimento peritale: un'ulteriore mortificazione del contraddittorio?	247
17.3.5 La valutazione della consulenza	250
17.4 LA PROSPETTIVA ECONOMICA: IL PRINCIPALE E L'AGENTE.....	255
17.4.1 Il rapporto giudice-esperto come principal-agent problem	257
17.4.2 L'inapplicabilità delle soluzioni tradizionali al rapporto giudice-esperto.....	259
17.4.3 Giudice vs. (un) esperto: il modello di Oytana	260
17.4.4 Competing experts: il modello di Cooper e Tomlin e il recupero del contraddittorio ..	263
18. TRANSIZIONE: LA NECESSITÀ DI UN GIUDICE ESPERTO	266
CAPITOLO IV - DAL GIUDICE PERITUS PERITORUM.....	269
AL PERITO GIUDICE.....	269
19. ALLA RICERCA DI UN MODELLO	269
20. LA SCIENCE COURT: UN SOGNO RICORRENTE MAI DIVENUTO REALTÀ	269

21. I MIXED TRIBUNALS	274
21.1 <i>LE GIURISDIZIONI DI EQUITÀ</i>	274
21.1.1 <i>Il caso dei Conseils de prud'hommes.....</i>	276
21.2 <i>L'ASSESSORATO ESPERTO E LE DINAMICHE DI GRUPPO.....</i>	280
21.2.1 <i>Il caso del Tribunale di sorveglianza italiano</i>	283
22. I COLLEGI INTERAMENTE ESPERTI	285
22.1 <i>IL CASO DEL TRIBUNAL DE COMMERCE DI LIONE</i>	286
22.2 <i>L'INSUFFICIENZA DELLA SOLA EXPERTISE</i>	289
23. L'ESTERNALIZZAZIONE PUNTUALE DELLE CONTROVERSIE TECNICO-SCIENTIFICHE: FORME ARBITRALI E RUOLO DEL CONSENSO	291
23.1 <i>L'ARBITRATO DEI CONSULENTI TECNICI</i>	293
23.2 <i>IL COURT-ANNEXED ARBITRATION.....</i>	294
23.2.1 <i>Segue: la Statutory Adjudication</i>	298
23.2.2 <i>Segue: la necessità di un'esternalizzazione a monte.....</i>	300
23.3 <i>L'ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO DA CAUTELA AD ADR</i>	301
23.3.1 <i>Segue: in materia previdenziale.....</i>	306
23.3.2 <i>Segue: in materia di responsabilità sanitaria</i>	309
24. UNA SINTESI DI VIRTÙ: LA SPECIAL JURY.....	311
24.1 <i>LA COSTITUZIONALITÀ DELLA SPECIAL JURY: NEGLI STATI UNITI.....</i>	313
24.2 <i>LA COSTITUZIONALITÀ DELLA SPECIAL JURY: IN ITALIA</i>	319
25. LA SPECIAL JURY COME MODELLO: IL GIUDICE COMPLESSO	325
26. RAGIONI E MODALITÀ DELLA RIFORMA	326
26.1 <i>LA DIVISIONE DEL LAVORO IMPOSTA A GARANZIA DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA</i>	328
26.1.1 <i>Non solo scienza: la perizia giuridica</i>	328
26.2 <i>LA NOMINA DI PARTE QUALE FONDAMENTO DELL'EPISTEMIC DEFERENCE.....</i>	331
26.2.1 <i>La terzietà del giudice</i>	337
26.3 <i>IL VALORE COGENTE DELLA CONSULENZA COME RISULTATO DELLA LEGITTIMAZIONE POPOLARE E DELLE GARANZIE PROCEDIMENTALI.....</i>	341
26.3.1 <i>Il diritto di difesa.....</i>	342
26.3.2 <i>Il principio di immediatezza.....</i>	343
26.3.3 <i>Il principio del contraddittorio</i>	344
26.3.4 <i>L'imparzialità del giudice.....</i>	346
26.3.5 <i>L'impugnazione.....</i>	349
27. CONCLUSIONE.....	350

INDEX.....	351
BIBLIOGRAFIA/BIBLIOGRAPHIE	353

RINGRAZIAMENTI/REMERCIEMENTS

Non è possibile censire tutti quanti hanno, in un modo o nell'altro, contribuito alle riflessioni che seguono: il tema della ricerca trascendendo il puro e semplice diritto processuale civile, è divenuto argomento ricorrente delle mie discussioni di tutti i giorni; ed il confronto con persone di età, sesso, istruzione ed estrazione diversa nel corso degli anni ha certamente influito sulla formazione del mio convincimento.

Di conseguenza, oltre alle personalità accademiche e professionali citate nelle note, quali fonti dirette dell'integrazione delle mie conoscenze, desidero qui semplicemente ringraziare chi mi ha sostenuto sul piano umano.

E quindi, un primo «grazie» va ai miei genitori, a mio fratello, a Claudio e alle mie «famiglie» lionesi: in stretto ordine alfabetico, ringrazio Agnese, David, Emil, Erasmo, Giovanni, Héloïse e Lise. Il secondo va alle persone straordinarie che ho incontrato a Parigi: grazie ad Anne-Marie e a Naima.

Ma soprattutto, la mia gratitudine va ai miei *directeurs de thèse*, i proff.ri Ferruccio Auletta e Pascale Deumier, per quanto mi hanno dato, ben oltre il loro ruolo formale: grazie.

ABBREVIAZIONI/LISTE DES ABBREVIATIONS

<i>ABA J.</i>	American Bar Association Journal
<i>Ac. Man. R.</i>	The Academy of Management Review
<i>Acta Psych.</i>	Acta Psychologica
<i>Admin. L.R.</i>	Administrative Law Review
<i>Adm. Social Work</i>	Administration in Social Work
<i>Adv. Q.</i>	The Advocates' Quarterly
<i>Ala. L.R.</i>	Alabama Law Review
<i>AJDA</i>	Actualité juridique droit administratif
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique pénal
<i>Am. Crim. L.R.</i>	American Criminal Law Review
<i>Am. J. Comp. Law</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Am. J. Legal Hist.</i>	American Journal of Legal History
<i>Am. J. Pol. Sc.</i>	American Journal of Political Science
<i>Am. J. Soc.</i>	American Journal of Sociology
<i>Am. Pol. Science R.</i>	American Political Science Review
<i>Am. Psych.</i>	American Psychologist
<i>Am. Sc.</i>	American Scientist
<i>Arist. Soc. Suppl. Vol.</i>	Aristotelian Society Supplementary Volume
<i>Australian L.J.</i>	Australian Law Journal
<i>Banca borsa tit. cred.</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>Beh. Sc. & Law</i>	Behavioral Sciences & the Law
<i>Berkeley Tech. L.J.</i>	Berkeley Technology Law Journal
<i>Boston Un. L.R.</i>	Boston University Law Review
<i>Brook. L.R.</i>	Brooklyn Law Review
<i>BY Un. L.R.</i>	Brigham Young University Law Review
<i>California L.R.</i>	California Law Review
<i>Cardozo J. Conflict Resol.</i>	Cardozo Journal of Conflict Resolution
<i>Case West. Res. L.R.</i>	Case Western Reserve Law Review
<i>China L. Soc. R.</i>	China Law and Society Review
<i>Cogn. Psych.</i>	Cognitive Psychology
<i>Columbia L.R.</i>	Columbia Law Review
<i>Contr. impr.</i>	Contratto e impresa
<i>Contr. impr. eur.</i>	Contratto e impresa Europa
<i>Cornell Int'l L.J.</i>	Cornell International Law Journal
<i>Cornell L.R.</i>	Cornell Law Review
<i>Corr. giur.</i>	Il Corriere giuridico
<i>CRC</i>	CRC Critical Reviews in Environmental Control
<i>Crim.</i>	Criminalia. Annuario di scienze penalistiche
<i>Ct. Rev.</i>	Court Review
<i>Danno e resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>DePaul L.R.</i>	DePaul Law Review
<i>Dir. giust. online</i>	<i>Diritto e giustizia online</i>
<i>Dir. ind.</i>	Il diritto industriale
<i>Dir. pen. cont.</i>	Diritto penale contemporaneo
<i>Dir. pen. proc.</i>	Diritto penale e processo
<i>Dr. soc.</i>	Droit et société
<i>Duke L.J.</i>	Duke Law Journal
<i>EAL R.</i>	Economic Analysis of Law Review
<i>Ec.</i>	Economica
<i>El. J. Comparative L.</i>	Electronic Journal of Comparative Law
<i>Emory Int. L.R.</i>	Emory International Law Review
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica
<i>Eur. J. Current Legal Issues</i>	European Journal of Current Legal Issues
<i>Eur. J. Legal Stud.</i>	European Journal of Legal Studies
<i>Eur. J. Risk Reg.</i>	European Journal of Risk Regulation
<i>Eur. Pol. Sc. Rev.</i>	European Political Science Review
<i>Fl. L.R.</i>	Florida Law Review

<i>Foro it.</i>	Il Foro italiano
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. mer.</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giusto proc. civ.</i>	Il Giusto processo civile
Harvard L.R.	Harvard Law Review
Hebrew Un. L.R.	Hebrew University Law Review
<i>Industrial L.J.</i>	Industrial Law Journal
<i>Int'l Comm. Ev.</i>	International Commentary on Evidence
<i>Int'l J. Ct Adm.</i>	International Journal for Court Administration
<i>Int'l J. Law Pol. Fam.</i>	International Journal of Law, Policy and the Family
<i>Int'l Public Management R.</i>	International Public Management Review
<i>Int'l Rev. IPCL</i>	International Review of Intellectual Property and Competition Law
<i>Int'l Rev. Law & Ec.</i>	International Review of Law and Economics
<i>Intl. Soc'y Barristers Q.</i>	International Society of Barristers Quarterly
Iowa L.R.	Iowa Law Review
<i>Ist. fed.</i>	Istituzioni del federalismo
<i>J. App. Psych.</i>	Journal of Applied Psychology
<i>J. App. Soc. Psych.</i>	Journal of Applied Social Psychology
<i>J. Business Law</i>	Journal of Business Law
JCP	La Semaine juridique
<i>J. Dispute Resol.</i>	Journal of Dispute Resolution
<i>J. Econ. Beh. & Org.</i>	Journal of Economic Behaviour and Organization
<i>J. Ec. Persp.</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>J. Exp. Soc. Psych.</i>	Journal of Experimental Social Psychology
<i>J. Inst. Th. Ec.</i>	Journal of Institutional and Theoretical Economics
<i>J. Law & Econ</i>	The Journal of Law & Economics
<i>J. Law, Econ. & Org.</i>	The Journal of Law, Economics, and Organization
<i>J. Legal St.</i>	The Journal of Legal Studies
<i>J. Pers. Soc. Psych.</i>	Journal of Personality and Social Psychology
<i>J. Phil.</i>	The Journal of Philosophy
<i>J. Pol.</i>	The Journal of Politics
<i>Jud.</i>	Judicature
<i>Juri-Classeur Pr. civ.</i>	Juri-Classeur Procédure civile
<i>Justice S.J.</i>	The Justice System Journal
<i>Lav. giur.</i>	Il Lavoro nella giurisprudenza
<i>Law & Hum. Beh.</i>	Law and Human Behavior
<i>Law & Society R.</i>	Law and Society Review
<i>Law., Prob. & Risk</i>	Law., Probability and Risk
<i>Law Q.R.</i>	Law Quarterly Review
LEDC	L'ESSENTIEL Droit des contrats
LEDIU	L'ESSENTIEL Droit de l'immobilier et urbanisme
<i>Mass. Giust. civ.</i>	Giustizia civile Massimario
<i>Mich. J. Law Ref.</i>	University of Michigan Journal of Law Reform
<i>Mich. L.R.</i>	Michigan Law Review
<i>Min.</i>	Minerva
<i>Minn. L.R.</i>	Minnesota Law Review
<i>Modern L.R.</i>	Modern Law Review
<i>New Engl. Q.</i>	New England Quarterly
NGCC	La Nuova giurisprudenza civile commentata
NLCC	Le Nuove leggi civili commentate
<i>North. Un. L.R.</i>	Northwestern University Law Review
<i>Noviss. Dig. it.</i>	Novissimo Digesto italiano
<i>NY Un. L.R.</i>	New York University Law Review
<i>Ohio St. J. on Disp. Resol.</i>	Ohio State Journal on Dispute Resolution
<i>Ohio State L.J.</i>	Ohio State Law Journal
<i>Oil Gas Tax Q.</i>	Oil and Gas Tax Quarterly
<i>Oñati</i>	Oñati Socio-legal Series
<i>Org. Beh. H. Dec. Pr.</i>	Organizational Behavior and Human Decision Processes

<i>Pers. Soc. Psych. Bull.</i>	Personality and Social Psychology Bulletin
<i>Persp. Pol.</i>	Perspectives on Politics
<i>Phil. Phen. Research</i>	Philosophy and Phenomenological Research
<i>Phil. Sc.</i>	Philosophy of Science
<i>Psych. Sc.</i>	Psychological Science
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Pol. man. public</i>	Politiques et management public
<i>Proc. pen. giust.</i>	Processo penale e giustizia
<i>Psych., Pub. Pol., Law</i>	Psychology, Public Policy, and Law
<i>Psych. R.</i>	Psychological Review
<i>Q. J. of Econ.</i>	The Quarterly Journal of Economics
<i>RAND J. of Econ.</i>	The RAND Journal of Economics
<i>Rec. Dalloz</i>	Recueil Dalloz
<i>Rép. dr. civ.</i>	Répertoire de droit civil
<i>Rép. dr. int.</i>	Répertoire de droit international
<i>Rép. Foro it.</i>	Foro italiano Repertorio
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile
<i>Resp. civ.</i>	La Responsabilità Civile
<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità Civile e Previdenza
<i>Rev. de proc.</i>	Revista de processo
<i>Revue d'hist. fac. dr. science jur.</i>	Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique
<i>Rev. fr. dr. const.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>Rev. gén. droit</i>	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France
<i>Rev. jur. de l'Ouest</i>	Revue juridique de l'Ouest
<i>Rev. Law & Ec.</i>	Review of Law and Economics
<i>Rev. proc. comparado</i>	Revista de processo comparado
<i>Rev. trav.</i>	Revue de droit du travail
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFE</i>	Revue française d'économie
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RISK</i>	RISK: Health, Safety & Environment
<i>Riv. arb.</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. proc.</i>	Rivista di diritto processuale
<i>Riv. dir. proc. civ.</i>	Rivista di diritto processuale civile
<i>Riv. dott. comm.</i>	Rivista dei dottori commercialisti
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. it. dir. e proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv. it. dir. pub. com.</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comparato
<i>Riv. it. med. leg.</i>	Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario
<i>Riv. pol. ec.</i>	Rivista di politica economica
<i>RJEP</i>	Revue juridique d'économie politique
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>Riv. trim. dir. pubb.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Russian L.J.</i>	Russian Law Journal
<i>S. Cal. L.R.</i>	Southern California Law Review
<i>S. Car. L.R.</i>	South Carolina Law Review
<i>Sc. Tech. Hum. Val.</i>	Science, Technology, & Human Values
<i>Sex R.</i>	Sex Roles
<i>SMU L.R.</i>	Southern Methodist University Law Review
<i>Soc.</i>	Le Società
<i>Soc. dir.</i>	Sociologia del diritto
<i>Stanford L.R.</i>	Stanford Law Review
<i>St. Iuris</i>	Studium Iuris
<i>St. John's L.R.</i>	St. John's Law Review
<i>Supreme Ct. Econ. Rev.</i>	Supreme Court Economic Review
<i>Tenn. L.R.</i>	Tennessee Law Review
<i>Texas L.R.</i>	Texas Law Review
<i>Tulane Eur. Civ. L.F.</i>	Tulane European & Civil Law Forum

<i>Tulane L.R.</i>	Tulane Law Review
<i>UCLA L.R.</i>	UCLA Law Review
<i>Un. Penn. L.R.</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>Un. Chi. L.R.</i>	University of Chicago Law Review
<i>Un. Ill. L.R.</i>	University of Illinois Law Review
<i>Un. Penn. L.R.</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>Urb. App.</i>	Urbanistica e appalti
<i>Utrecht L.R.</i>	Utrecht Law Review
<i>Virginia J. Law & Tech.</i>	Virginia Journal of Law & Technology
<i>Virginia L.R.</i>	Virginia Law Review
<i>Wash. U. Glob. Stud. L.R.</i>	<i>Washington University Global Studies Law Review</i>
<i>Washington Un. L.R.</i>	Washington University Law Review
<i>West. Pol. Q.</i>	The Western Political Quarterly
<i>Yale L.J.</i>	Yale Law Journal
<i>ZZP Int.</i>	Zeitschrift für Zivilprozess International

INTRODUZIONE

«[Q]uando si sente il rimprovero di astrattismo illuministico al dogma della onnipotenza della legge e a quello della uguaglianza di tutti cittadini di fronte alla legge, vien fatto di domandare se in grado maggiore non sia astratta ed avulsa dalla realtà questa ingenua credenza nella privilegiata infallibilità che l'uomo singolo acquisterebbe solo perché, rivestendo la toga di giudice o la divisa del funzionario, diventa con questo un organo dello Stato; quasi ché ogni accrescimento della autorità ufficiale dovesse necessariamente portare una maggiore apertura della naturale intelligenza. Ohimè, noi che viviamo la quotidiana realtà del diritto sappiamo bene che l'uomo rimane sempre una povera creatura fragile»¹.

In queste parole è riassunto lo spirito dell'indagine qui condotta.

In realtà, una volta preso atto che le riforme processuali, ormai, ben poco possono fare per migliorare lo stato del servizio-Giustizia, perché la procedura – seppur sempre perfettibile, come tutte le cose umane – è stata (già) rimaneggiata tanto che i margini di miglioramento, se ancora vi sono, rasentano l'impercettibilità, l'unico campo ancora parzialmente inesplorato, a fini efficientistici, sembra essere quello della specializzazione del giudice. Quest'ultima – sia essa intesa come specializzazione giuridica o epistemica – incontra, però, forti resistenze culturali, verosimilmente connesse all'immagine del giudice che si è andata costruendo e consolidando nel tempo: un superuomo, immune alle passioni e ai *biases* cognitivi e, soprattutto, onnisciente.

La realtà, tuttavia, mostra quanto i brocardi *iura novit curia* e *iudex peritus peritorum* – se mai son stati attuali – sono certamente oggi superati: con la conseguenza che le disposizioni, modellate su quell'immagine ideale, finiscono nella prassi per essere distorte, quando non disapplicate; spesso a scapito (di almeno una) delle parti.

Di qui l'idea che, allora, il baricentro della disciplina vada spostato dal processo al giudice; ciò che comporta, da un lato, la necessità di comprendere quest'ultimo in quanto

¹ CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto* (1940), in CALAMANDREI, Silvia (a cura di), *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008, 93.

uomo, avvalendosi della ricerca interdisciplinare²; dall'altro, una revisione delle modalità di scelta della *persona* del magistrato.

Perché è ormai tempo di ammettere che «anche l'effettività *nel* processo può dipendere da questo o quel giudice»³.

² La materia lo richiede, forse, più di altre; eppure, sembra doversi riconoscere – più in generale – che, «[d]espite de perils, interdisciplinary scholarship no longer is optional», «[b]ecause [...] real-world problems simply do not break downs into the neat categories of academic disciplines»: cfr. FRIEDMAN, Barry, *Taking Law Seriously*, in *Persp. Pol.*, 2006, 261.

³ AULETTA, Ferruccio, *L'effettività nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 415 e in GRISI, Giuseppe (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 52.

CAPITOLO I - DAL PROCESSO ALL'IMPRESA

SOMMARIO : 1. Introduzione: la convergenza nelle soluzioni giuridiche alla crisi e la divergenza nei risultati – 2. La risposta dell'economia: cenni minimi di *Economic Analysis of Law* applicata – 3 La domanda di giustizia – 3.1 La teoria delle scelte razionali e le distorsioni euristiche e cognitive – 3.2 I metodi alternativi di risoluzione delle controversie come condizioni di procedibilità della domanda – 4. Le riforme processuali – 4.1 La moltiplicazione dei modelli procedimentali – 4.2 I «filtri» alle impugnazioni – 4.2.1 L'appello – 4.2.2 Il ricorso per cassazione – 4.2.3 Segue: *stare decisis* o nomofilachia preventiva? – 5. L'aumento dell'offerta, senza incremento di fattori produttivi – 6. Il *New Public Management* – 6.1. L'applicazione del NPM al campo dell'amministrazione della giustizia: profili comparativi – 6.1.1. – Divergenze di obiettivi – 6.1.2. Il peso della cultura – 6.2 Le esperienze francese e italiana – 6.2.1 Il lavoro sequenziale – 6.3. Il problema della valutazione della qualità del prodotto finale – 7. La redistribuzione del capitale umano: «giudice unico» e revisione della geografia giudiziaria – 8. Transizione: un fattore trascurato?

«Ne vous inquiétez pas de mon projet ! Contrairement à mes prédécesseurs, je ne changerai pas un article de vos codes de procédure. Ma réforme est purement managériale»⁴.

1. Introduzione: la convergenza nelle soluzioni giuridiche alla crisi della giustizia e la divergenza nei risultati

Peccato che a parlar così sia stato il Ministro della Giustizia belga⁵.

« Peccato » non perché di lì a poco più di un mese il Governo avrebbe presentato le dimissioni (posto che lo stesso Ministro, verosimilmente consapevole dell'imminenza dell'evento, affermava – a ragione⁶ – il proprio convincimento che la riforma da lui

⁴ DE CLERCK, Stefaan *La réforme du système judiciaire*, Bruxelles, Faculté de droit de l'ULB, 1 mars 2010.

⁵ FRYDMAN, Benoît *Le management comme alternative à la procédure*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, Paris, 2011, 101.

⁶ Del resto, l'idea del Ministro trovava in Belgio un terreno favorevole, stante la progressiva implementazione, nel paese, delle politiche di NPM, che, affacciate sin dagli anni '90, erano state interessate da una «singulière accélération» a partire dal 2000, anno in cui è stato adottato il «*“Plan Copernic” de modernisation de l'administration fédérale, dont l'intitulé résume significativement l'ambition : révolutionner le fonctionnement des pouvoirs publics et au-delà, le rapport de l'État à la société*»: cfr. FICET, Joël, *Consultance managériale et modernisation de l'État en Belgique. Le cas des réformes de l'organisation judiciaire belge*, in *Pol. man. public*, 2012, 29(1), 22. Sul NPM e i suoi riflessi sull'amministrazione della giustizia, v. *infra*, §§ 6 ss.

propugnata non sarebbe caduta con l'esecutivo⁷); ma perché una simile dichiarazione avrebbe certo fatto la gioia dei processualisti italiani, ormai abituati a cambiare codice ad ogni stagione.

In effetti, dinanzi a quelli che sono considerati i tre principali problemi del processo civile domestico (eccesso di domanda, carenza di offerta e inadeguatezza della disciplina processuale⁸), tutto può dirsi, tranne che il legislatore sia rimasto inattivo⁹.

Quanto alle soluzioni tecniche, esse si sono tradotte nel moltiplicarsi di riti differenziati, accompagnati dalle incessanti modifiche al procedimento "ordinario": basti pensare, con riferimento alla disciplina della trattazione della causa, alle ben 6 riforme intervenute tra il 1942 e il 2008¹⁰. Il tentativo di ridurre la domanda di giustizia, invece, è stato operato mediante l'introduzione di condizioni di procedibilità per la proposizione

⁷ DUPONT, Emilie - SCHOENAERS, Frederic, *Reform of the Belgian Justice System: Changes to the Role of Jurisdiction Chief, the Empowerment of Local Managers*, in *Laws*, 2018, 1 ss.

⁸ BIANCO, Magda - GIACOMELLI, Silvia - GIORGIANTONIO, Cristina - PALUMBO, Giuliana - SZEGO, Bruna, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in *Riv. pol. ec.*, 2007, 3 ss.

⁹ Per una panoramica delle riforme intervenute negli ultimi anni, si rinvia a VELLANI, Carlo, *Aggiornamento sugli interventi di interesse processualcivilistico al termine della XVII legislatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 599 ss.; ID., *Gli interventi sulla giustizia civile nei primi anni della XVII legislatura*, ivi, 2016, 1095 ss.; ID., *I processi civili alla conclusione della XVI legislatura*, ivi, 2013, 783 ss.; COSTANTINO, Giorgio, *Rassegna di legislazione (1° gennaio – 31 ottobre 2013)*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1591 ss.; ID., *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, ivi, 2005, 15 ss.; PROTO PISANI, Andrea, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, 2012, V, 321 ss.; ID., *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, ivi, 2001, V, 89 ss. Data la quantità di argomenti incidentalmente trattati, le note bibliografiche di questo capitolo saranno limitate ai riferimenti essenziali.

¹⁰ Peraltro, almeno le prime le prime appaiono ispirate più a ragioni ideologiche che efficientiste: cfr. CEA Costanzo M., *La trattazione della causa nel rito ordinario*, in ID., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010, 19 ss., che, ad ogni modo, non nega che «la tecnica delle preclusioni» – ispiratrice degli interventi più recenti – sia «finalizzata al raggiungimento della concentrazione processuale» a sua volta funzionale «all'attuazione del valore della "ragionevole durata del processo"» (*ibid.*, 40); v. anche COMOGGIO Luigi P., *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 521 ss.

dell'azione in primo grado¹¹ e di filtri¹² e disincentivi¹³ alle impugnazioni, nonché «nel ricorso recente alle tecniche di c.d. *overdeterrence*»¹⁴. Infine, l'intervento dal lato dell'offerta si è incentrato sulla redistribuzione delle risorse disponibili – mediante l'elevazione al rango di regola della monocraticità dell'organo giudicante¹⁵ e la revisione della geografia giudiziaria¹⁶ – e sull'incremento dell'organico, giudicante (ma non professionale, bensì onorario, grazie anche all'apertura della Carta costituzionale alla partecipazione laica all'amministrazione della giustizia: di qui, l'istituzione del giudice di

¹¹ Il riferimento è alla mediazione obbligatoria, introdotta con d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e alla negoziazione assistita, disciplinata dagli artt. 2 ss., d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con l. 10 novembre 2014, n. 162.

Come noto, alla declaratoria di illegittimità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega (cfr. C. Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, I, 1091 ss., con nota di ROMBOLI, Roberto; in *Società*, 2013, 1, 71 ss., con nota di LUISO, Francesco P., *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*; in *Corriere giur.*, 2013, 2, 257 ss., con nota di PAGNI, Ilaria, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*) ha fatto seguito la sua reintroduzione ad opera del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con mod., nella legge 9 agosto 2013, n. 98.

Sulla negoziazione assistita – che è, viceversa, passato al vaglio di C. Cost., 7 luglio 2016, n. 162, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 268 ss., con nota di TRINCHI A.; in *Giur. cost.*, 2016, 1315 ss., con nota di GIORGETTI – v., *ex multis*, LUISO Francesco P., *La negoziazione assistita*, in *NLCC*, 2015, 649 ss.; TRISORIO LIUZZI, Giuseppe, *La negoziazione assistita*, in AA.Vv., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato. La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it.*, 2015, 33 ss.; DALFINO, Domenico, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, *ivi*, 43 ss.; ID., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, disponibile su www.treccani.it; CHIARLONI, Sergio, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 221 ss.; TRINCHI, Alessandro, *La negoziazione assistita (prima parte)*, in *St. Iuris*, 2017, 19 ss.; ID., *La negoziazione assistita (seconda parte)*, *ivi*, 161 ss.;

¹² VERDE, Giovanni, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 507 ss.

¹³ V. l'art. 283, comma 2, c.p.c., che sanziona l'istanza di sospensione della provvisoria esecutività della sentenza di I grado impugnata, ove dichiarata «inammissibile o manifestamente infondata», e l'art. 13, comma 1-*quater*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, che impone alla parte che abbia proposto «impugnazione, anche incidentale» che sia stata «respinta integralmente o [...] dichiarata inammissibile o improcedibile», di «versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale».

¹⁴ AULETTA, Ferruccio, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 2016, 1557 (nota a C. Cost., 23 giugno 2016, n. 152).

¹⁵ Con d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51; v. *infra*, § 7.

¹⁶ L'intervento legislativo, operato con i dd.lgs. 7 settembre 2012, nn. 155 e 156, è stato poi completato – con alcune variazioni – dal d.lgs. 19 febbraio 2014, n. 14. V. *infra*, § 7.

pace, poi seguita dal progressivo aumento delle attribuzioni di quest'ultimo, nonché delle figure del giudice onorario di tribunale e del vice-procuratore onorario¹⁷) e non¹⁸.

Non può affermarsi con certezza che tali misure siano state *totalmente ininfluenti* rispetto agli obiettivi (sia in termini di rispetto degli obblighi sovranazionali – *sub specie* di ragionevole durata del processo – che di appetibilità del sistema italiano per gli investitori stranieri), riducendosi a mera speculazione ogni ipotesi su quella che sarebbe la situazione attuale del sistema in difetto degli stessi.

Del resto, sotto vari profili, riforme analoghe a quelle italiane sono state intraprese anche in Francia, in un periodo di tempo globalmente sovrapponibile¹⁹; e pure Oltralpe, nonostante le lodi ancora in tempi relativamente recenti tributate²⁰ al codice del 1975²¹, negli ultimi anni gli interventi sulla giustizia si son fatti sempre più frequenti. E così, se già dinanzi alle 8 riforme intervenute nel periodo 1998-2005 si ricordava con nostalgia che il (N)CPC è stato invece preparato da soli 4 decreti²², un numero doppio di provvedimenti dell'esecutivo – autorizzato ad intervenire in materia di processo civile dal combinato disposto degli artt.

¹⁷ Senza dimenticare, da ultimo, l'istituzione della figura del giudice ausiliario di Corte d'appello, prevista e disciplinata dagli artt. 62 ss. d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98.

¹⁸ L'art. 73 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, ha aperto la possibilità, per i neolaureati, di svolgere un periodo di tirocinio di 18 mesi presso gli uffici giudiziari, nell'ambito dell'"Ufficio del processo"; in seguito, l'art. 21-ter, d.l. n. 83 del 2015 (convertito con modificazioni con l. 6 agosto 2015, n. 132) ha destinato a tale ufficio anche coloro che avevano già svolto il tirocinio formativo *ex art.* 37, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (convertito con modificazioni con l. 15 luglio 2011, n. 111).

¹⁹ Ma le convergenze tra modelli processuali sono da tempo state segnalate, ad un livello non solo europeo, ma internazionale: v., ad esempio, gli scritti raccolti in ZUCKERMAN, Adrian A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999.

²⁰ CADIET, Loïc - JEULAND, Emmanuel *Droit judiciaire privé*, Paris, 2016, 31; FERRAND, Frédérique, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in TROCKER, Nicolò - VARANO, Vincenzo (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December 2003*, Torino, 2005, 18 ss.

²¹ *Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile*, entrato in vigore il primo gennaio 1976; il codice, inizialmente indicato con la sigla NCPC al fine di distinguerlo da quello napoleonico (allora ancora in vigore), è stato rinominato (semplicemente) *code de procédure civile* dall'art. 26, comma 3, III, *loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit*.

²² BOLARD, Georges, *Les réformes de procédure civile : perspectives*, in *Procédures*, 2006, 6, étude 18 ; peraltro, l'opera di codificazione non fu conclusa fino al (successivo) *décret du 12 mai 1981*, che introdusse il III e il IV libro: cfr. CORNU, Gérard, *L'élaboration du Code de procédure civile*, in *Revue d'hist. fac. dr. science jur.*, 1995, 246, nota 11; CADIET, Loïc, *Le Nouveau Code de Procédure Civile Français, Vingt-Cinq ans Apres*, in *Derecho PUCP*, 2000, 671.

34 e 37 Const.²³ – ha fatto il suo ingresso nel solo triennio 2016-2018²⁴; ed altre riforme sono subito state messe in «cantiere»²⁵.

Eppure, la convergenza degli interventi²⁶ non trova riscontro nei dati statistici: basti pensare che nel 2017, in Italia, la durata media dei procedimenti civili è stata di circa 38 mesi²⁷ in Cassazione, 27 in appello e 33 in primo grado²⁸. Nello stesso periodo, in Francia, la *durée moyenne* registrata è, invece, di 14 mesi in Cassazione²⁹, 13 nelle *Cours d'appel*, 7 nei *Tribunaux de grande instance*, 5 nei *Tribunaux d'instance* e nei *Tribunaux de commerce*; 15 nei *Conseils de prud'hommes*³⁰. Non stupisce, dunque, che, in base al *ranking* della Banca Mondiale sotto il profilo dell'*enforcing contracts*, la Francia e l'Italia occupino rispettivamente il 15° e il 108° posto, a fronte di un posizionamento globale che, invece, non vede i due Stati così distanti (rispettivamente, 31° e 46° posto)³¹. E, benché più di uno studio abbia ridimensionato il valore rappresentativo del rapporto *Doing Business*³², i dati appaiono

²³ Soluzione diversamente apprezzata dagli interpreti che, da un lato, denunciano i rischi connessi alla sottrazione del settore alla ponderazione del Parlamento e, dall'altro, evidenziano le maggiori flessibilità ed adattabilità così garantite; sul punto, si v. GUINCHARD, Serge - DRAGO, Guillaume, *Droit constitutionnel et procédure civile*, in *Rép. proc. civ.*, 2013, versione elettronica disponibile su www.dalloz.fr. V. anche RICCI, Edoardo F., *Garanzie costituzionali del processo civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 233 ss.

²⁴ Per una panoramica delle ultime riforme, v. LASSERRE, Marie-Cécile *La nouvelle Procédure civile après les réformes. Panorama des nouvelles règles applicables en 2018*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

²⁵ Per riprendere il nome della riforma allo studio, il cui programma, annunciato nel marzo 2018 – cfr. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice : les axes de la réforme dévoilés*, 9 marzo 2018, tratto da www.justice.gouv.fr – è consultabile, nelle direttrici principali, sullo stesso sito del Ministero: MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, marzo 2018.

I «lavori» sono poi culminati nella *loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a élargi les cas de médiation obligatoire*.

²⁶ Peraltro, talvolta meno sovrapponibili di quanto possa apparire: si pensi al calendario del processo (su cui v. TORQUATO, Davide, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo. Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art.81-bis disp.att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 1233 ss.) o alla negoziazione assistita (su cui v. SILVESTRI, Caterina, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi, cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1287 ss.; ID., *L'esperienza francese della « elasticità » del processo civile. Un esempio per il legislatore italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 741 ss.).

²⁷ Sebbene con rilevanti differenze a seconda che il provvedimento sia una sentenza o – come è ormai la regola – di un'ordinanza. Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, disponibile su www.cortedicassazione.it, 44.

²⁸ Fonte: Ministero della giustizia, www.giustizia.it. I dati sono riferiti al 2016.

²⁹ COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2017*, disponibile su www.courdecassation.fr.

³⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, disponibile su www.justice.gouv.fr, 11.

³¹ Fonte: <http://www.doingbusiness.org>.

³² MORANI, Mattia, *Molte buone ragioni per non citare più il rapporto «Doing Business» in tema di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 123 ss.; BERG, Janine – CAZES, Sandrine, *Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business*, in *Rev. trav.*, 2008, 264 ss.; ROLIN, Frédéric,

troppo divaricati perché si possa disconoscere l'esistenza di un *gap* tra i due Paesi, che, tra l'altro, appare essere aumentato nel tempo: se circa 20 anni fa la durata complessiva del processo italiano superava del 30% il corrispondente dato francese (116 mesi contro 89)³³, oggi una controversia d'Oltralpe – come si evince dai numeri sopra riportati – dura meno della metà che nel nostro Paese.

2. La risposta dell'economia: cenni minimi di *Economic Analysis of Law* applicata

Sorge, quindi, spontaneo chiedersi perché l'adozione di soluzioni sostanzialmente uniformi non si sia tradotta in uguali risultati; ma la risposta appare altrettanto naturale: non esiste una *one fits all solution*, per cui quel che funziona all'estero *deve* funzionare anche in Italia.

La conclusione, valida in generale, lo appare ancor più con riferimento al fenomeno in oggetto, che (non solo) è influenzato da un gran numero di variabili – la cui diversa consistenza di partenza può spiegare divaricazioni nei risultati conseguiti in Paesi diversi anche a parità di riforme – (ma anche) strettamente interrelate, cosicché l'azione sull'una spiega inevitabilmente riflessi su una o più delle altre. Non è un caso, del resto, che gli studi economici dedicati al fenomeno processuale, pur nella varietà delle soluzioni proposte, sembrano univoci nell'indicare la necessità di un approccio a 360 gradi.

Così, pur potendosi schematicamente discutere separatamente delle 3 criticità principali identificate nel paragrafo precedente, appare utile segnalare sin da ora che la suddivisione potrebbe più utilmente essere ricondotta all'oggetto ultimo delle varie riforme e, quindi, sui due macroscopici obiettivi perseguiti dal legislatore: la riduzione dell'utilizzo

La mesure du droit : quels enjeux au-delà du rapport Doing Business ?, in *AJDA*, 2007, 113 ; VATINET, Raymonde, *Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, in *RTD civ.*, 2006, 845 ss.

Più moderati RAYNOUARD, Anne-Julie - KERHUEL, Arnaud, *L'évaluation des systèmes juridiques au coeur de la tourmente*, in *Rec. Dalloz*, 2010, 2928 ss., che evidenziano l'erroneità di un rigetto *in toto* della *Law and Economics* (come quello di BERNARD, Alain, *Law and Economics, une science idiote ?*, in *Rec. Dalloz*, 2008, 2806 ss.).

³³ VON FREYHOLD, VIAL & PARTNER CONSULTANS, *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantage of Consumers in the Single Market, Report for the European Commission, DG XXIV Consumer Policy and Consumer Health Protection*, Bremen, 1998, 157-158.

della risorsa giudiziaria, da un lato, e l'aumento della capacità responsiva della stessa, dall'altro.

Ancora, va avvertito che, se molti degli interventi realizzati possono apparire criticabili, tanto sul piano tecnico, quanto – e forse soprattutto – su quello ideologico, nella misura in cui essi sono suscettibili di impattare sulla distribuzione dei poteri tra parti e giudice, non si intende, nell'analizzarli, prendere una posizione rispetto alla diatriba sulla prospettiva pubblicistica o privatistica del processo³⁴. Da un lato, infatti, l'idea di un «*code du laissez-faire*», quale espressione di un «*libéralisme judiciaire ou [...] procédural*»³⁵ può apparire allettante³⁶; dall'altro, essa si scontra – prima ancora che con la consapevolezza dell'ormai relativa indisponibilità delle regole del processo, in virtù degli obblighi convenzionali – con la constatazione storica del fallimento del liberismo economico, che dimostra l'utopia dell'idea di un mercato capace di autoregolarsi e ricondursi ad equilibrio sempre e comunque.

Così, la ricerca sembra dover necessariamente essere orientata verso la definizione di un assetto di rapporti di compromesso; ma, se è certo che, nel corso della trattazione, ogni suggerimento de *iure condendo* inevitabilmente trasporterà l'analisi dalla «scienza» alla «politica»³⁷, l'aspirazione a mantenere per quanto possibile la «serenità dello studioso estraneo alle lotte combattute della politica militante»³⁸ ha naturalmente condotto alla scelta di avvalersi degli apporti dell'analisi economica del diritto, nella speranza che l'asetticità dei numeri e delle formule possa bilanciare l'influenza dell'ideologia.

3. La domanda di giustizia

³⁴ V., sul punto, CIPRIANI, Franco, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 24 ss.; ID., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, ivi, 2003, 455 ss.; VERDE, Giovanni, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, ivi, 2002, 676 ss.; CHIARLONI, Sergio, *Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori*, ivi, 2004, 30-34.

³⁵ Quale era il codice di procedura civile francese del 1806: cfr. FOYER, Jean, *Préface*, in FOYER, Jean – PUIGELIER, Catherine (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Paris, 2006, XIII.

³⁶ Ma v. le considerazioni (estremamente) critiche di TARUFFO, Michele, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, 259 ss. e *passim*.

³⁷ Nell'accezione utilizzata da CALAMANDREI, Piero, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, 53 ss.

³⁸ *Ibid.*, 55.

Quanto al primo profilo, e limitando il campo d'indagine all'Italia e alla Francia, se è ormai evidente la tendenza – in entrambe – a puntare sui meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie per sviare la domanda (a monte) e sui filtri alle impugnazioni per espellere dal circuito giudiziario le cause comunque in esso immesse (a valle), la seconda si è finora distinta per un approccio che appare meno *difensivo* della prima.

Al di là delle impressioni, peraltro, l'analisi empirica dell'efficacia degli interventi legislativi volti a ridurre il flusso della domanda non può prescindere da una breve introduzione ai meccanismi che reggono le scelte dei protagonisti del processo secondo la *Positive Law And Economics*, la quale, a differenza della *Normative Economics* – che mira ad individuare la regola idonea a massimizzare il *social welfare* –, ha fini puramente descrittivi e predittivi³⁹.

3.1 La teoria delle scelte razionali e le distorsioni euristiche e cognitive

L'analisi dell'efficacia degli interventi legislativi miranti a ridurre il flusso della domanda impone una breve introduzione ai meccanismi che reggono le scelte dei protagonisti del processo secondo la *Positive Law And Economics*.

In linea di principio⁴⁰, il processo decisionale dietro la determinazione di un soggetto di rendersi attore (A) in giudizio, è traducibile nell'equazione elementare:

$$\text{probabilità di vittoria} \times \text{valore del giudizio} - \text{costi} = \textit{reservation price A}$$

Specularmente, la controparte convenuta (C) che debba decidere se resistere o meno in giudizio calcolerà:

³⁹ Va precisato che l'analisi sarà limitata alla sola fase di cognizione: ma, probabilmente, il vero problema è l'«[i]nefficacia al quadrato» del processo, perché «anche ad immaginare una sentenza [...] veloce, nel sistema globale essa è destinata a scontrarsi con la farraginosità delle procedure di attuazione sì da rivelarsi in troppi casi inefficace sul piano del risultato pratico». E il problema non sta tanto (o, comunque, non sta solo) nella disciplina del procedimento, ma anche nelle carenze di organico riscontrabili in tutti gli uffici ausiliari del giudice, con gli inevitabili ritardi che ne conseguono: cfr. SASSANI, Bruno, *Processo e domanda di giustizia civile*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, Roma, 2005, 49-51.

⁴⁰ Ma v. SHAVELL, Steven, *Suit versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments*, in *J. Legal Stud.*, 1993, 2, per i necessari adattamenti quando il *petitum* mediato sia altro da una somma di denaro e sia divisibile.

$$\text{probabilità di vittoria} \times \text{valore del giudizio} + \text{costi} = \textit{reservation price C}$$

dove *reservation price A* indica, al contempo, quanto l'attore prevede di ricavare dall'accoglimento della domanda, ma anche la minima somma che egli sarebbe disposto ad accettare per transigere la causa; mentre *reservation price C* rappresenta il valore dell'ipotetica soccombenza per il convenuto e, quindi, la massima cifra che egli sarebbe disposto ad offrire affinché l'attore rinunciassi alla domanda⁴¹. Ipotizzando che i costi di transazione siano nulli, risulta, quindi, evidente che una transazione sarà possibile⁴² solo a condizione che

$$\textit{reservation price C} - \textit{reservation price A} > 0$$

La differenza tra i due *reservation price* prende il nome di *settlement surplus*, mentre la gamma di possibilità di ripartizione dello stesso è indicata come *settlement range*⁴³.

Posto che il valore del giudizio è generalmente dato (dipendendo esso dal valore della controversia), e partendo dall'assunto che le parti siano in grado di stimare le proprie *chances* di vittoria, sembrerebbe logico derivarne che «[a]nything that reduces the plaintiff's minimum offer or increases the defendant's maximum offer, such as an increase in the parties' litigation expenditures relative to their settlement costs, will reduce the likelihood of litigation»⁴⁴. In sostanza, aumentare i *litigation costs* parrebbe il metodo più semplice ed efficace al fine di dirottare le parti verso la composizione transattiva della controversia; ma, in disparte il rilievo che un incremento eccessivo delle *Court fees* e delle sanzioni processuali contrasterebbe con il diritto di accesso al giudice, l'esito non è così scontato.

Infatti, le formule matematiche, per quanto corrette, nulla possono quando siano gli *inputs* a risultare viziati; sicché, esse vanno integrate dalla necessaria considerazione dei *biases* e dei limiti cognitivi che possono affettare il comportamento delle parti⁴⁵. Più

⁴¹ POSNER, Richard A., *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *J. Legal Stud.*, 1973, 417 ss.; BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, New York, 2003, 34 e 74.

⁴² POSNER, Richard A., *An Economic Approach to Legal Procedure*, cit., 417.

⁴³ BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 74.

⁴⁴ POSNER, Richard A., *An Economic Approach to Legal Procedure*, cit., 418.

⁴⁵ BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 103 ss.

specificamente, gli effetti di una variazione dei costi sono suscettibili di essere mitigati, se non annullati, da qualsiasi evento o informazione capace di modificare la valutazione delle parti quanto alla propria probabilità di vittoria/sconfitta, posto che «*trials will occur when one or both parties miscalculate [their] likely outcome*»⁴⁶.

Assumendo l'assenza di asimmetrie informative, ciò accade quando le parti, interpretando scorrettamente le informazioni a propria disposizione, assumono *divergent expectations* circa il verosimile esito del giudizio. La stima può così essere errata per difetto – c.d. *mutual pessimism* –, con la conseguenza che i litiganti saranno più indotti alla transazione, ma anche per eccesso – c.d. *mutual optimism*⁴⁷ –, nel qual caso il *settlement surplus* si riduce, potendo anche azzerarsi⁴⁸, e così le probabilità di un accordo transattivo. Ed appare sin d'ora opportuno precisare che le *divergent expectations* sono necessariamente ricollegate al *real merit* della causa, quanto piuttosto allo stato della giurisprudenza rispetto alla questione controversa⁴⁹.

Inoltre, quand'anche le parti siano in grado di formulare stime attendibili quanto all'esito del giudizio, è necessario tener conto del c.d. *hard bargaining* (o *strategic bargaining*)⁵⁰, che – è dato presumere – sarà tanto più incentivato quanto maggiore sia l'interesse in gioco (in altre parole, quanto più ampio sia il *settlement range*). Il fenomeno non è altro che la traduzione del dilemma del prigioniero nel campo degli accordi transattivi⁵¹: in sintesi, se entrambe le parti si mostrassero collaborative durante le trattative, il *settlement surplus* verrebbe allocato in maniera efficiente (ovvero, tramite una ripartizione in parti uguali), con il massimo profitto per l'attore e la minima perdita per il convenuto. Viceversa, se uno solo dei litiganti adottasse strategie aggressive, riuscirebbe ad accaparrarsi

In particolare, l'utilizzo di euristiche è comune in qualunque individuo che si trovi a dover prendere una decisione in situazioni di incertezza: non a caso, il primo utilizzo del termine *heuristic* si è registrato in ambito matematico ed informatico, per indicare «*a method of achieving results that were good enough, often enough, to be useful*»; solo in seguito esso è stato adottato in psicologia, attraverso i lavori di Daniel Kahneman ed Amos Tversky: cfr. JONES, Craig E., *The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making*, in *Adv. Q.*, 2013, 56.

⁴⁶ KOROBKIN, Russell - GUTHRIE, Chris, *Psychological Barriers To Litigation Settlement: An Experimental Approach*, in *Mich. L.R.*, 1994, 109.

⁴⁷ BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 85.

⁴⁸ *Ibid.*, 87 ss.

⁴⁹ V. *infra*, § 4.2.3.

⁵⁰ KOROBKIN, Russell - GUTHRIE, Chris, *Psychological Barriers*, cit., 114 ss.

⁵¹ BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 79 ss.

una fetta maggiore dell'importo: tuttavia, poiché ciascuna parte non conosce l'atteggiamento che sarà adottato dall'altra, è verosimile che entrambe decidano di adottare strategie aggressive, finendo per accordarsi per un'allocazione inefficiente della somma totale.

Ancora, va sottolineato che il ragionamento sintetizzato dalle due equazioni non viene effettuato *una tantum* dalle parti, bensì ripetuto dalle stesse ogniquale volta – a seguito di un evento della procedura – si tratti di decidere se proseguire o transigere; così, se, da un lato, è possibile che le nuove informazioni assunte nel corso del processo (ad esempio, in conseguenza dell'assunzione probatoria) portino ad un ricalcolo tendenzialmente più attendibile delle rispettive *chances* di successo – con conseguente riavvicinamento dei *reservation prices* e aumento delle probabilità di accordo –, dall'altro deve tenersi conto della circostanza che, man mano che il procedimento progredisce e le parti sostengono le relative spese, quanto già versato viene eliminato dall'equazione: è la c.d. *sunk-cost fallacy*, fenomeno che trascende la *litigation* e che fa sì che un soggetto «*continue[s] an endeavor once an investment in money, effort, or time has been made*»⁵², «*often incur[ring] further losses ('throw good money after bad') or tak[ing] great risks in order to recover those losses*»⁵³.

La conseguenza è che, paradossalmente, se le spese del processo sono diluite nel corso dello stesso, più il procedimento continua... più diventa conveniente, per le parti, proseguirlo a propria volta.

Ciò significa che, una volta che il sistema abbia fallito nell'intento di sviare le parti dal processo, è alquanto improbabile che esse scelgano di uscirne prima di averne attraversato tutte le fasi, in quanto, da un lato, i costi vengono ricalcolati all'inizio di ogni grado e, dall'altro, quelli sostenuti nella fase precedente – se recuperabili, come accade di norma – vanno a sommarsi all'*expected value* dell'impugnazione. Ciò consente di comprendere perché anche i nuovi meccanismi di «*overdeterrence*»⁵⁴ stentino a raggiungere il loro scopo e persino quelle che sembrano (*rectius*: razionalmente *sono*) cause “in perdita” finiscano per giungere fino in Cassazione.

⁵² ARKES, Hal R. - BLUMER, Catherine, *The Psychology of Sunk Cost*, in *Org. Beh. H. Dec. Pr.*, 1985, 124. V. anche BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 36 ss. e 91 ss.

⁵³ ISSACHAROFF, Samuel - LOEWENSTEIN, George, *Second Thoughts About Summary Judgment*, in *Yale L.J.*, 1990, 113.

⁵⁴ AULETTA, Ferruccio, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»*, cit., 1557 ss.

L'elenco delle distorsioni e, in generale, dei fenomeni suscettibili di incidere sull'esito delle formule sin qui proposte (estremamente semplificate, ma che ben potrebbero essere complicate, appunto per tenerne conto) potrebbe continuare⁵⁵. Tuttavia, quanto già esposto appare sufficiente a dimostrare, da un lato, che le variabili sono tante e tali che anche (quelle che appaiono come) minime differenze tra le soluzioni sperimentate nei vari ordinamenti possono spiegare esiti ben lontani fra loro; dall'altro, che i risultati della *Positive Law And Economics* non possono essere assolutizzati⁵⁶. Tale consapevolezza, peraltro, non impedisce di constatare che «*we do not have any overarching behavioral theory that can explain the assortment of ways people deviate from rational choice*», sicché, «*[u]ntil there is a coherent theory that explains all the different phenomena and generates predictions in all cases, the best (some would say the only) approach is to use rational choice as the starting point and modify the models and the results to take accounts of potential deviations*»⁵⁷.

Si procederà, quindi, ad applicare tale teoria ad una selezione di riforme; con l'avvertimento che l'esposizione della disciplina giuridica sarà necessariamente sommaria e limitata ai soli aspetti rilevanti dal punto di vista adottato; ed anche l'analisi economica non avrà alcuna pretesa di esaustività, l'obiettivo essendo – più modestamente – quello di evidenziare i limiti che l'intervento legislativo incontra nei tentativi di gestione del fenomeno.

3.2 I metodi alternativi di risoluzione delle controversie come condizioni di procedibilità della domanda

La carrellata non può che cominciare con le previsioni che impongono strumenti di ADR come condizioni di procedibilità della domanda, sia in quanto logicamente preliminari, sia perché si tratta della questione più semplice da affrontare, alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

⁵⁵ Si v., ad esempio, KOROBKIN, Russell - GUTHRIE, Chris, *Psychological Barriers To Litigation Settlement*, cit., 107 ss.; MNOOKIN, Robert H., *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1993, 235.

⁵⁶ In questo senso anche SHAVELL, Steven *Foundations Of Economic Analysis Of Law*, Cambridge, 2004, 661-662.

⁵⁷ BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, cit., 112.

Prescindendo dalla negoziazione assistita – che ha fatto ingresso nel nostro ordinamento nel 2014⁵⁸, ispirandosi, ma non abbastanza, alla *procédure participative de négociation assistée par avocat française*⁵⁹ –, il riferimento è costituito, per l'Italia, dalla mediazione, introdotta per la prima volta nel 2010⁶⁰ e declinata in tre forme: facoltativa, delegata e obbligatoria⁶¹. Quest'ultima, benché colpita da declaratoria di illegittimità (per eccesso di delega⁶², ma con una pronuncia che, travolgendo per consequenzialità alcune disposizioni – quelle più marcatamente espressive dell'intento deflattivo dell'istituto –, sembrava tradire un certo indirizzo della Consulta quanto al modo di intenderlo⁶³) è stata reintrodotta nel 2013⁶⁴; sicché, nei casi di cui all'art. 5 d.lgs. 28/2010, l'esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità della domanda, e l'improcedibilità conseguente all'inottemperanza può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice.

Quanto alla Francia, se è vero che il tentativo di conciliare le parti è espressamente riconosciuto come facente parte della «*mission du juge*» (art. 12 CPC) e che dal 1978 operano, in qualità di *bénévoles*, i *conciliateurs de justice*⁶⁵, il ruolo deflattivo dei MARC è stato valorizzato solo di recente dal legislatore: dal 2015 è previsto, a carico di chiunque si renda attore innanzi ad una giurisdizione civile, l'onere di dar conto, sin dall'atto introduttivo del giudizio, delle «*diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige*», salvo giustificare il mancato esperimento di ogni attività in tal senso a causa dell'urgenza o della particolarità della materia⁶⁶. Sotto questo profilo, la disciplina è

⁵⁸ Artt. 2 ss., d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁵⁹ V. i rilievi di SILVESTRI, Caterina, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo*, cit., 1287 ss.; ID., *L'esperienza francese della « elasticità »*, cit., 741 ss. V. anche *infra*, § 26.2.

⁶⁰ Con d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, su cui v. LUPOI, Michele A., *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 13 ss.; CONSOLO, Claudio, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio D'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 CEDU*, in *Corr. giur.*, 2010, 430 ss.

⁶¹ V. LUPOI, Michele A., *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile*, cit., 34 ss.

⁶² C. Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, cit.

⁶³ Cfr. LUISO Francesco P., *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria*; cit., 80.

⁶⁴ Ma v., per le controversie consumeristiche, C. Giust., 14 giugno 2017, n° C-75/16, in *Foro it.*, 2017, IV, 551, con note di MANCALEONI, Anna M., *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'Adr dei consumatori*, e di SCANNICCHIO, Nicola, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?*

⁶⁵ Istituiti con *décret* n°78-381 du 20 mars 1978.

⁶⁶ Artt. 56 e 58 CPC, come modificati dal *Décret* n° 2015-282 du 11 mars 2015.

assimilabile a quella prevista dal *paragraph 3(c)(d)* della *Practice Direction – Pre-Action Conduct And Protocols* vigente nel Regno Unito, in base alla quale «[b]efore commencing proceedings, the court will expect the parties to have exchanged sufficient information to [...] try to settle the issues without proceedings [and] consider a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement»; tuttavia, la previsione non è corredata da alcuna sanzione: ai sensi dell'art. 127 CPC, infatti, in difetto di (ricorso al *préalable amiable* e di sua) giustificazione, «*le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation*».

La disposizione è ciononostante superata – sebbene solo per i casi di «*saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe*», cioè per le controversie di valore inferiore a 4.000 € – dalla previsione dell'art. 4 *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle* (correntemente: *Loi J21*), che impone alle parti di far precedere la domanda da un tentativo di conciliazione, «*à peine d'irricevabilité que le juge peut prononcer d'office*» (salve, anche qui, alcune cause di giustificazione), con una soluzione che quindi avvicina il modello francese a quello italiano⁶⁷.

Come è evidente, tuttavia, l'imposizione di una condizione di procedibilità che (non preclude, né potrebbe, costituendo altrimenti un'inammissibile *vulnus* al diritto di azione⁶⁸, ma) semplicemente rinvia l'avvio del giudizio, difficilmente riesce ad incidere sensibilmente sulla logica che regge l'alternativa *transaction/litigation*. Certo, essa sottrae alle parti la possibilità di valutare l'opportunità di *iniziare* le trattative – e, quindi, di sfruttare i cc.dd. *jeu de signal* e *jeu de filtrage*⁶⁹ – e, allontanando il momento della (eventuale) decisione

⁶⁷ Inoltre, l'art. 7 *Loi J21* ha previsto l'introduzione a titolo sperimentale, presso alcuni Tribunali pilota e fino al 31 dicembre 2019, di un tentativo di mediazione obbligatoria in una serie di controversie familiari. Le sperimentazioni precedenti all'innovazione del codice, del resto, non sono nuove in Francia: cfr. BERGEL J.-L., *Problemi metodologici di riforma del processo civile nei sistemi di civil law*, in *Pol. dir.*, 2018, 143.

Ulteriori ipotesi sono state aggiunte dalla recentissima *loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a élargi les cas de médiation obligatoire*.

⁶⁸ In Italia, come noto, «il limite all'immediatezza della tutela giurisdizionale» di cui all'art. 24 Cost. è ammissibile, purché «ragionevole» (cfr. C. Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2499, con nota di BRIGUGLIO, Antonio; in *Giur. cost.*, 2000, 2148; in *Foro it.*, 2000, I, 2752).

Per la Francia, v. Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373, in *AJDA*, 1996, 371: «[c]onsidérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; [...] il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction»

⁶⁹ Cfr. CHAPPE, Nathalie, *Les enseignements de l'analyse économique en matière de résolution amiable des litiges*, cit., 79; DELOCHE, Régis, *Transaction, jugement et théorie des jeux. Evaluation et application*, in *Revue économique*, 2001, 977 ss.

giudiziaria, aumenta il costo (del tempo) del processo⁷⁰; inoltre, è possibile che, a seguito della proposta del mediatore, le parti ricalcolino le proprie *chances* di successo⁷¹.

D'altro canto, però, le stesse procedure di negoziazione e mediazione hanno dei costi, e l'effetto predittivo della proposta conciliazione dipende dalla calcolabilità della giurisprudenza. Inoltre, e soprattutto, gli stessi errori cognitivi che possono viziare la (libera) scelta tra le due alternative si ripropongono tal quali quando l'opzione non sia (temporaneamente) disponibile.

Più incisiva sembrerebbe la previsione di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. 2010, n. 28 – che, ferma restando l'applicazione degli artt. 92 e 96 c.p.c., prevede, similmente alla *Rule 68(d) US Federal Rules of Civil Procedure*⁷², che «[q]uando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto» – vista l'incidenza diretta che essa spiega sulla (pre)determinazione dei costi del giudizio e, quindi, sull'apprezzamento razionale della sua (s)convenienza.

Eppure, anche in questo caso, alla teoria fa riscontro una pratica che non può prescindere dal momento soggettivo della valutazione: come dimostrato proprio con riferimento alla citata *Rule 68(d)*, il meccanismo tende ad incrementare il *settlement rate* solo quando le parti siano in disaccordo esclusivamente sul *quantum*, spiegando l'effetto opposto se le valutazioni difformi riguardano l'*an* e/o la probabilità di successo⁷³.

⁷⁰ Come nota CONSOLO, Claudio, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto*, cit., 431, benché il periodo di mediazione non sia – per legge – computato ai fini del calcolo della durata del processo, «il rischio che questo nuovo *sub*-procedimento iniziale che viene prescritto per una così larga platea tipologica di liti finisca con l'aggravarne la costosità e la sfilacciata durata cronologica, è [...] assai elevato».

⁷¹ CHAPPE, Nathalie, *Economie et résolution des litiges*, Paris, 2005, 26-27.

⁷² In base alla quale, nel caso in cui una parte rifiuti l'offerta transattiva eventualmente proposita dalla controparte prima del giudizio, «[i]f the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made»

⁷³ SPIER, Kathryn E., *Pretrial Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules*, in *RAND J. Econ.*, 1994, 197 ss.; v. anche le considerazioni in chiave comparata di DELOCHE, Régis, *Transaction, jugement et théorie des jeux*, cit., 980 ss.

4. Le riforme processuali

Se la riduzione del flusso in entrata è scopo diretto ed evidente delle condizioni di procedibilità della domanda (che, essendo poste cronologicamente nell'ambito procedimento, ma non ancora del processo, «ostacola[no] *tout court* l'ingresso nel circuito giudiziario»), un secondo *fil rouge* delle riforme è l'inclinazione ad «innalza[re il] livello di rischiosità per una parte dell'intrapresa giudiziaria ciò che può contribuire a restituire dimensioni accettabili al fenomeno giudiziale riducendone immediatamente il bisogno per via dell'aumento di composizioni stragiudiziali»⁷⁴. Il che di certo si riscontra sin dal primo grado, ma si rende ancor più palese man mano che si risalga la scala delle impugnazioni.

Misure, queste, che si combinano con un'ulteriore tendenza, diversamente atteggiata nei vari gradi di giudizio, ma unificata dal tentativo – una volta che le parti abbiano (nonostante tutto) varcato le soglie dell'aula giudiziaria – di comprimere i tempi processuali, invariabilmente puntando sulle cause di pronta soluzione: in primo grado, incanalandole verso un modulo procedimentale più snello; in sede di impugnazione, mediante l'adozione di meccanismi di espulsione (asseritamente) celere delle cause senza speranza e, in ogni caso, attraverso l'elisione di interi segmenti procedimentali.

4.1 La moltiplicazione dei modelli procedimentali

Le esperienze estere⁷⁵ mostrano una tendenziale convergenza verso la predisposizione di «un modello di processo dalla disciplina formale elastica, ovvero capace di adattarsi alle caratteristiche concrete della singola controversia [...], con la conseguenza che la differenziazione del rito avviene *durante* lo svolgimento del processo»⁷⁶: esempio

⁷⁴ AULETTA, Ferruccio, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»*, cit., 1557.

⁷⁵ Oltre al Regno Unito e alla Francia, di cui si dirà *infra*, sono andati in questo senso anche il legislatore tedesco e quello austriaco: TROCKER, Nicolò, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in SCARSELLI, Giuliano (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010, 178 ss. Si v. anche, più ampiamente, FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, ivi, 65 ss. e ID., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, *passim*.

⁷⁶ TROCKER, Nicolò, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, cit., 180-181 (enfasi originaria).

paradigmatico è costituito dalla disciplina del procedimento francese⁷⁷. In effetti, benché sia d'uso il riferimento al processo inglese (che, a seguito dell'entrata in vigore delle *Civil Procedure Rules* 1999, prevede la triplice alternativa *small track - fast track - multi-track*) come esempio paradigmatico di flessibilità, va rilevato che, in Francia, l'alternativa tra *circuit court, moyen* o *long* è prevista sin dai tempi del(l'allora denominato) NCPC⁷⁸. Anzi, la propensione al processo *taylor-made*, in Francia, non ha risparmiato neppure il giudizio di cassazione: se quest'ultimo, da noi, si cameralizza, lì è la Corte stessa a proporre ben 4 tipi di percorsi: 2 ordinari (semplice e approfondito) e 2 speciali (semplificato e accelerato)⁷⁹.

Il legislatore italiano, al contrario, mostra da sempre la «volontà di attribuire un trattamento differenziato [...] a una data categoria di diritti o interessi sostanziali portati in giudizio», con la conseguenza che «la differenziazione del rito avviene *prima* del processo, secondo un modello di tecnica legislativa tipicamente anelastico, poiché indifferente alle circostanze del caso concreto»⁸⁰. Ne risulta, in ogni caso (ovvero, sia nell'ambito del rito ordinario⁸¹, che in quello dei riti speciali), un «processo inamidato e impermeabile [...] al punto da non consentire al giudice di tagliare i tempi neppure di fronte a una situazione di

⁷⁷ Ma rilevanti poteri di *case management* sono riconosciuti al giudice anche nell'ordinamento tedesco: cfr. CAPONI, Remo, *Procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis c.p.c.) e canone di proporzionalità*, in *Quest. giust.*, 2/2010, 61 ss.; ID., *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1450 ss.

⁷⁸ CADIET, Loïc, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *RFAP.*, 2008, 134; FICCARELLI, BEATRICE, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., 74 ss.

Sicché, ben prima della Woolf Reform britannica (si veda, per tutti, il rapporto ufficiale – WOOLF, Harry, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, 1996 – e il commento di ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Lord Woolf's Access To Justice: Plus Ça Change ...*, in *Modern L.R.*, 1996, 59, 773 ss), paralleli erano tratti con riferimento all'esperienza statunitense: cfr. THIEFFRY, Patrick, *Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis*, in *RIDC*, 1984, 783 ss.

Sulla flessibilità della procedura francese, v. anche CANELLA, Maria G., *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 549 ss.; FERRAND, Frédérique, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, cit., 18 ss.; SILVESTRI, Caterina, *L'esperienza francese della « elasticità »*, cit., 741 ss.; FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., 45 ss.

⁷⁹ Si v. SDER, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation*, avril 2017, 65 ss. (le proposte muovono anche dalla considerazione delle esperienze italiana e svizzera: quest'ultima si caratterizza, in particolare, per ben 5 percorsi diversi: cfr. *ibid.*, 79 ss.), e CADIET, Loïc - CHAINAIS, Cécile, *Présentation des parcours différenciés*, annexe aux *Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation*, décembre 2016, entrambi disponibili su www.courdecassation.fr.

⁸⁰ TROCKER, Nicolò, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, cit., 180-181 (enfasi originaria).

⁸¹ Del rito sommario di cognizione si dirà *infra*, § 4.1.

evidente ragione di una delle parti, e di assenza di evidenti ragioni della controparte, in quanto scandito su ritmi predeterminati»⁸².

In sostanza, la previsione di modelli speciali è sempre avvenuta per sottrazione, in base alla *materia*⁸³, dall'ambito di applicabilità dell'unico rito ordinario, via via divenuto *residuale* (e non ritornato alla vecchia centralità nonostante le buone intenzioni della riforma del 2011⁸⁴); in tal modo trascurandosi, però, le specificità del singolo caso, la cui maggiore o minore complessità non è necessariamente correlata al *tipo* di diritti o interessi fatti valere.

Infatti, ciascun procedimento (ordinario o speciale che sia), se si attaglia certamente – per la legge dei grandi numeri – ad una certa porzione di cause proposte, altrettanto sicuramente finisce per generare inefficienza, *sub specie* di spreco (di attività, costi, tempi) con riferimento a controversie troppo semplici rispetto alle forme richieste, e di inadeguatezza per difetto in quelle più complicate (con conseguenze variabili, dalla necessità – magari avallata dalla stessa giurisprudenza – di superare forme e termini a fini di giustizia sostanziale, alla scarsa qualità del prodotto di giustizia, se viceversa i vincoli legali vengono pedissequamente rispettati).

Dal punto di vista economico, dunque, mentre è certamente apprezzabile la soluzione francese, andrebbe accolta con favore l'introduzione di un modello flessibile quale il rito sommario di cognizione. Tuttavia, il raffronto con i modelli stranieri riesce ancora una volta critico: innanzitutto, con il nuovo rito nostrano non si è introdotta che *una* alternativa (laddove altrove la via è tendenzialmente tripartita); in secondo luogo, l'opzione – a lungo rimessa al solo attore – resta anche oggi sostanzialmente non concertata, posto che, in alternativa all'azione potestativamente incardinata con le forme sommarie, la scelta è

⁸² SASSANI, Bruno, *Processo e domanda di giustizia civile*, cit., 48-49.

⁸³ V. PROTO PISANI, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss.; MONTESANO, Luigi, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutela differenziata» nel processo civile*, ivi, 1979, 592 ss.

⁸⁴ Sul “tradimento” delle intenzioni della delega (per vero, già di per sé eccessivamente limitata) ad opera del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, contenente “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’art. 64 della legge 18 giugno 2009, n. 69”, v. CARRATTA, Antonio, *La c.d. semplificazione e riduzione dei riti civili*, in ID., *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012, 9 ss.

lasciata al giudice⁸⁵, o è compiuta a monte dal legislatore⁸⁶. Infine, benché, ad oggi, nei casi in cui il modello non sia imposto dalla legge, sia stata resa finalmente possibile una *passerelle* in entrambi i sensi⁸⁷ – con il che, secondo alcuni, il legislatore avrebbe operato la «normativizzazione nel nostro ordinamento della nozione di complessità, utilizzata quale criterio o parametro differenziante le regole processuali da applicare per la definizione delle singole controversie»⁸⁸ –, si è ben lontani dall’adattabilità della procedura al singolo caso, residuando comunque un’alternativa bloccata, per cui, ogniqualvolta la causa non sia ritenuta sufficientemente semplice da consentire la trattazione secondo il rito sommario di cognizione, trova applicazione il rito (ingessato) ordinario; e, a differenza che altrove, «imboccata *in prima udienza* la strada del rito sommario o del rito ordinario, indietro non si torna»⁸⁹. Inoltre, pur senza contare le persistenti sacche di inefficienza risultanti dallo scarto tra processi semplici e *tutti gli altri*, resta che la semplificazione del primo è limitata alla deformalizzazione del solo *modo* di assunzione della prova, fermi restando, relativamente a questa, i tipi, i tempi e i parametri di valutazione⁹⁰.

⁸⁵ Art. 183-*bis* c.p.c., introdotto dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, con l. 10 novembre 2014, n. 162; v. ANSANELLI, Vincenzo, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 339 ss.; TEDOLDI, Alberto M., *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 490 ss.; MARTINO, Roberto, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, *ivi*, 2015, 916 ss.; TURATTO, Silvia, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *NLCC*, 2015, 737 ss.

⁸⁶ Art. 3, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.

⁸⁷ A seguito dell’introduzione dell’art. 183-*bis* c.p.c. (v. *retro*, in nota).

⁸⁸ ANSANELLI, Vincenzo, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza.*, cit., 343. Va peraltro notata l’assenza, persino negli Stati Uniti, “patria” della *complex litigation* – cfr. TARUFFO, Michele, *La complessità della complessità processuale*, in DONDI, Angelo (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, 179 –, tanto di «una definizione convenzionale e accettata» quanto di un «consenso diffuso riguardo a ciò che dovrebbe rientrare in tale categoria»: cfr. BURBANK, Stephen B., *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense – una iattura o una benedizione*, *ivi*, 43. Sulla nozione, v., più in generale, i contributi contenuti nel volume collettaneo citato e, in particolare, l’analisi di CADIEU, Loïc, *Complessità e riforme del processo civile francese*, *ivi*, 103 ss.

⁸⁹ TEDOLDI, Alberto M., *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis*, cit., 505; enfasi aggiunta. Ma se è vero che «[l]’intrinseca e naturale elasticità del procedimento sommario consente di adattarne flessibilmente le forme a complicazioni sopravvenute e impreviste, senza mutare tardivamente il rito e scegliendo, volta per volta, il *tactus* dell’andamento processuale, per rallentarlo o accelerarlo alla bisogna, non essendovi indicazioni metronomiche predeterminate» (*ibid.*, 106), allora la strada è aperta all’ibridazione del rito sommario con quello ordinario: corsi e ricorsi, si direbbe (v. CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, 705 ss.).

⁹⁰ FABIANI, Massimo, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 811-814. LISELLA, Giuseppe, *Note sull’appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 725 ss., ove ulteriori riferimenti.

Invece, per la «previsione di fasi preparatorie (relative a repliche, controrepliche e indicazione delle prove) differenziate a seconda che il giudice nel corso della prima udienza qualifichi la controversia come semplice o

Né l'auspicabile flessibilità è stata efficacemente introdotta con il calendario del processo⁹¹, tanto invisibile alla magistratura da essere stato oggetto di rimessione alla Corte costituzionale⁹², la quale ha tuttavia – giustamente – ricondotto la previsione nell'alveo dei poteri di direzione del giudice di cui all'art. 175 c.p.c. Quest'ultimo, oltretutto, avrebbe permesso già prima del 2009 – e tuttora permette – una calendarizzazione non limitata alla sola fase istruttoria. Infatti, al di là della ben diversa portata del *calendrier du procès* francese, le potenzialità dello strumento sono minate a monte, stante la rigidità dei termini dettati dal codice nostrano, laddove, in Francia, il sistema «affid[a] al giudice il compito di fissare tali termini in considerazione della natura e della difficoltà della causa, consentendo quindi quella flessibilità dell'iter processuale consona ad un utilizzo più razionale della risorsa»⁹³. Lo «scarso utilizzo pratico»⁹⁴ dell'istituto, poi, è verosimilmente favorito dalla difficoltà di previsione e dall'ingestibilità degli imprevisti allo stato dell'organizzazione delle udienze, ancora prevalentemente basata sull'agenda cartacea del giudice (che, da un lato, impedisce una visione d'insieme del ruolo e, dall'altro, rende difficoltoso riprogrammare le attività, una volta “saltato” il calendario originario), difettando, nel programma Consolle, uno strumento adeguato a tal fine⁹⁵.

complessa» v. il c.d. Progetto Proto Pisani (cfr. PROTO PISANI, Andrea, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 3).

⁹¹ Art. 81-bis disp. att. c.p.c., introdotto con l. 18 giugno 2009, n. 69, su cui v., tra gli altri, PICOZZA, Elisa, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1650 ss.; FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., 69 ss.

La distanza tra l'istituto italiano ed il suo ispiratore francese (l'art. 764 CPC, come modificato dal *décret* n° 2005-1678 du 28 décembre 2005), già evidenziata da TORQUATO, Davide, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo*, cit., 1233 ss., ed apparentemente accresciuta dall'introduzione – ad opera della l. 14 settembre 2011, n. 148, di conversione, con modificazioni, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, – di un (generico) riferimento alla possibile responsabilità disciplinare del giudice che non vi ottemperi, è mitigata da GHIRGA, Maria F., *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 166 ss. In realtà, come nota AULETTA, Ferruccio, *Rafforzamento per il calendario del processo*, in *Il Sole24Ore*, 14 settembre 2011, 39, il calendario è, in Italia, «“cosa del giudice” [...] che deve sì collaborare con le parti (come queste devono con lui), ma che non può negoziare – diversamente da altri sistemi – la “durata del processo”, bene pubblico indisponibile il cui unico custode rimane lo Statogiudice».

⁹² C. Cost., 18 luglio 2013, n. 216, in *Giur. it.*, 2013, 2587, con nota di GUGLIELMINO, Alessandro, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità dell'obbligo di fissazione del calendario del processo*.

⁹³ GHIRGA, Maria F., *Le novità sul calendario del processo*, cit., 172.

⁹⁴ ANSANELLI, Vincenzo, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza*, cit., 344.

⁹⁵ In assenza di dati ufficiali, può riuscire utile la lettura del sondaggio realizzato in vista del seminario di formazione decentrata “Organizzazione del lavoro e agenda elettronica per il Magistrato”, svoltosi ad Ancora il 16 settembre 2016 (e per la cui trasmissione si ringrazia il dott. Maurizio Paganelli, intervistato in data 24 dicembre 2018): se ne trae che, sui 29 magistrati che si sono prestati allo studio (e di cui solo 2 utilizzano

Al netto di queste considerazioni, il procedimento sommario di cognizione – quale espressione del principio di proporzionalità⁹⁶ – se «non può incidere [...] [s]ui problemi strutturali della giustizia italiana civile»⁹⁷, mira certamente (ed appare idoneo) a colpire, in qualche misura, quella che si è sopra definita come *inefficienza per eccesso* delle forme processuali, così conducendo, almeno per le controversie più semplici, ad una riduzione della durata del grado di giudizio e, di conseguenza, dei costi dello stesso.

Infatti, da un punto di vista microeconomico – e, quindi, dall'angolo visuale delle parti – ai «costi della procedura»⁹⁸ vanno sommati quelli «del tempo», che, almeno quando si discuta di somme di denaro, si traducono nel danno derivante dall'indisponibilità del relativo importo, che – laddove vi sia scarto tra il tasso reale di mercato e il tasso reale di interesse legale⁹⁹ – risulta(va) solo parzialmente compensato dagli interessi riconosciuti in

un'agenda elettronica), il 62% non calendarizza affatto; dei restanti, solo 8 applicano la previsione di cui all'art. 81-bis disp. att. c.p.c. all'intero ruolo.

⁹⁶ CAPONI, Remo, *Procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis c.p.c.) e canone di proporzionalità*, cit., 61 ss.; FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., 195 ss.

Sul principio di proporzionalità, in una prospettiva più generale, v. CAPONI, Remo, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.; SORABJI, John, *English Civil Justice After The Woolf And Jackson Reforms: A Critical Analysis*, Cambridge, 2014, 161 ss.; PANZAROLA, Andrea, *Il principio di proporzionalità tra utilitarismo anglosassone e codici processuali attuali*, *Riv. dir. proc.*, 2016, 1459 ss.

⁹⁷ CAPONI, Remo, *Procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis c.p.c.) e canone di proporzionalità*, cit., 61

⁹⁸ Che, a propria volta, dipendono dalla misura contributi da versare per l'accesso al tribunale e dal costo dell'assistenza in giudizio, ovvero dagli onorari dei professionisti. Questi, peraltro, sono chiaramente influenzati dal tasso di concorrenzialità del mercato, tendenzialmente ponendosi in un rapporto di proporzionalità inversa rispetto a quest'ultimo (e sul punto ha ovviamente inciso l'art. 9, l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha abolito le tariffe professionali). Inoltre, essendosi identificata anche una correlazione (stavolta di segno positivo) tra numero degli avvocati e dei processi (cfr. BUONANNO, Paolo - GALIZZI, Matteo M., *Advocatus, Et Non Latro? Testing the Supplier-Induced-Demand Hypothesis for Italian Courts of Justice*, in *FEEM Working Paper*, 2010, n. 52, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=1621551>; CARMIGNANI, Amanda - GIACOMELLI, Silvia, *Too Many Lawyers?*, in *Temi di discussione. Working papers*, 2010, n. 745), l'aumento dell'offerta di servizi legali appare suscettibile di spiegare un effetto doppiamente negativo sull'incremento della domanda. Gli studi non sono, tuttavia, univoci sul punto, e sembrano variare – al solito – anche in base all'ordinamento di riferimento: cfr. IPPOLITI, Roberto, *Efficienza giudiziaria e mercato forense*, in *POLIS Working Papers*, 2013, n. 178, 4. L'a., anzi, sostiene l'esistenza di una correlazione positiva tra numero di professionisti e qualità dell'*offerta* di giustizia

⁹⁹ Così era al momento in cui scrivevano PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, cit., 23. Si tratta di un dato difficilmente modificabile dall'esterno: SASSANI, Bruno, *Processo e domanda di giustizia civile*, cit., 46, ricorda che nel 1990 il tasso di interesse legale fu portato al 10% proprio per contrastare la nota tendenza delle compagnie assicuratrici a lucrare sui tempi del processo; ma «il sistema economico globale non poteva certo reggere una soluzione di questo genere». Un rimedio parziale al fenomeno è stato apportato dall'art. 17, comma 1, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modifiche, con l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha aggiunto all'art. 1284 c.c., comma 4, la previsione per cui, «[s]e le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta

sentenza¹⁰⁰. Al *costo individuale* del fattore temporale si aggiungono, ovviamente, quelli *collettivi*, derivanti, da un lato, dall'influenza che i ritardi nella definizione di una controversia spiega sulla composizione delle altre pendenti¹⁰¹ e, dall'altro, dalle possibili (*rectius*: praticamente certe) condanne inflitte allo Stato per violazione dell'articolo 6 CEDU¹⁰².

Tenendo a mente le equazioni che reggono l'agire ed il resistere in giudizio, e considerando che gli interessi corrisposti alla parte vittoriosa dalla decisione del giudice sono calcolati al tasso legale, si ha che

$$\text{interesse legale} > \text{interesse di mercato} \rightarrow \text{reservation price A} > \text{reservation price C}$$

In sostanza, nell'ipotesi – inverosimile – in cui per l'attore risulti più fruttuoso proseguire nell'azione nella prospettiva della vittoria, piuttosto che transigere, il convenuto preferirà invece negoziare; con la conseguenza che il *settlement surplus* sarà probabilmente assente. Tuttavia, il risultato finale è lo stesso anche nell'ipotesi inversa: in tal caso, infatti, il convenuto sarà incentivato a resistere in giudizio, onde lucrarne le lungaggini e finire col corrispondere, quand'anche soccombente, una somma minore; di conseguenza, il suo *reservation price* risulterà inferiore a quello dell'attore, impedendo – ancora una volta – la soluzione transattiva.

Se, allora – e nonostante vi sia chi, distinguendo tra «temps du procès» e «temps pour le procès», ritiene che « [le] délai idéal n'est [...] pas synonyme de délai nul [parce qu'il faut] tenir compte de l'incertitude juridique qui impose de laisser du temps pour le procès afin de permettre aux parties de s'échanger les informations susceptibles de parvenir

domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali».

¹⁰⁰ ANCEL, Pascal, voce «*Coûts du procès*», in CADIET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, 285 ss.; TRUBEK, David M. - SARAT, Austin - FELSTINER, William L. F. - KRITZER, Herbert M. - GROSSMAN, Joel B. *The Costs of Ordinary Litigation*, in *UCLA L.R.*, 1983, 91, parlano rispettivamente di *out-of-pocket costs* e del «*monetary value of the time clients spend on cases*».

¹⁰¹ BUSCAGLIA, Edgardo - DAKOLIAS, Maria, *Comparative International Study of Court Performance Indicators. A Descriptive and Analytical Account*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development, 1999, disponibile su <http://documents.worldbank.org>, 19.

¹⁰² Con conseguente «immanicabile diritto di credito» dell'attore, a «[p]iccol[e] somm[e] si (in media circa 3 mila euro), ma non spregevol[i] e, nell'aggregato di decine di migliaia di casi, dispendiosissim[e] per l'erario»: cfr. CONSOLO, Claudio, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto*, cit., 426.

à une solution mutuellement bénéfique»¹⁰³ – la durata del procedimento risulta sempre dannosa per almeno una delle parti, è chiara l'appetibilità, sotto tale profilo, di un rito, quale quello sommario di cognizione, che promette un risparmio di durata; così come la contrazione dei tempi risulta ex se benefica per il sistema, per i motivi già esposti.

Eppure, non è tutto oro quello che luccica: una elisione dei costi, quando riportata alle equazioni A e C, fa sì che per l'attore risulti – *ceteris paribus* – più conveniente agire in giudizio e, per il convenuto, resistere; con il risultato che un procedimento più snello rischia di incentivare la domanda di giustizia, compensando almeno in parte gli (eventuali) effetti di altre misure contestualmente adottate a fini dissuasivi¹⁰⁴.

4.2 I «filtri» alle impugnazioni

Italia e Francia sono accomunate da una tradizionale visione del giudizio, complessivamente inteso, come articolato in due gradi di merito (di cui il secondo storicamente atteggiato come *novum iudicium*) e un grado di legittimità. Dinanzi all'«incubo della ragionevole durata»¹⁰⁵, tuttavia, è comprensibile il fascino esercitato dall'esempio di modelli stranieri – l'ordinamento inglese *in primis* – che, al contrario, limitano fortemente l'accesso ai gradi d'impugnazione.

Nonostante le convergenze da tempo segnalate anche nel settore *de quo*, tuttavia, ogni tentativo di trapianto di istituti stranieri sembra destinato al fallimento, quando non accompagnato da una corretta comprensione del retroterra culturale d'origine e dalla verifica di compatibilità con quello di destinazione¹⁰⁶.

¹⁰³ DEFFAINS, Bruno - DORIAT-DUBAN, Myriam, *Équilibre et régulation du marché de la justice. Délais versus prix*, in *Revue économique*, 2001, 950 ; DEFFAINS, Bruno, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, in *RFE*, 1997, 82 ss.

¹⁰⁴ In sostanza, «*le temps et les prix monétaires peuvent agir comme des mécanismes de rationnement [...] de sorte que l'effet complet d'une amélioration de la procédure peut, sous certaines conditions, conduire à un accroissement de la durée totale du procès*»: cfr. DEFFAINS, Bruno - DORIAT-DUBAN, Myriam, *Équilibre et régulation du marché de la justice*, cit., 955. E appena il caso di notare che la conclusione – per cui «*[a]vec le rationnement par les prix et le rationnement par le temps, le justiciable payerait donc le même prix, mais seul le rationnement par les prix assurerait un fonctionnement socialement efficient du marché de la justice*», per quanto valida dal punto di vista economico, si scontra con l'esigenza (costituzionalmente e convenzionalmente imposta) di garantire l'accesso alla giustizia.

¹⁰⁵ Per mutuare l'espressione di VERDE, Giovanni, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.

¹⁰⁶ Cfr. VERDE, Giovanni, *Questione giustizia*, Torino, 2013, 13.

Proprio con riferimento al Regno Unito, infatti, non va dimenticato che il principio di proporzionalità nell'uso delle risorse giudiziarie permea il processo sin dal primo grado¹⁰⁷ mentre, con riferimento al *permission to appeal* innanzi alla *Supreme Court*, istanze di efficienza¹⁰⁸ si intrecciano con la deferenza tradizionalmente mostrata al giudizio delle Corti inferiori¹⁰⁹, tanto in fatto – posto che «*where there has been no misdirection on an issue of fact by the trial judge the presumption is that his conclusion on issues of fact is correct*»¹¹⁰ – quanto in diritto, se è vero che «*reasons [given by the lower Court] should be read on the assumption that, unless he has demonstrated the contrary, the judge knew how he should perform his functions and which matters he should take into account*»¹¹¹. Il che, del resto, emerge dalla stessa lettera della UKSC *Practice Direction* 3.3.3, in base alla quale «*[p]ermission to appeal is granted for applications that, in the opinion of the Appeal Panel, raise an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal*»¹¹².

Discorso parzialmente simile può farsi anche con riferimento alla Germania¹¹³, ove pure un filtro di accesso alla *Revision* è storicamente consolidato, in quanto esistente sin dall'adozione della ZPO, nel 1879; mentre, nel momento in cui si è deciso di implementare uno sbarramento al giudizio di appello, si è contestualmente proceduto – *ad instar* del sistema britannico – a riaffermare la centralità del giudizio di primo grado¹¹⁴.

¹⁰⁷ Cfr: CPR 1.1(2)(e). Sul principio di proporzionalità v. *retro*, in nota.

¹⁰⁸ Cfr. UKSC *Rules* 2(2) e 2(3).

¹⁰⁹ DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Trento 2015, 17 ss.

¹¹⁰ *Smith New Court Securities v. Scrimgeour Vickers* [1996] UKHL 3

¹¹¹ *Piglowska v. Piglowski* [1999] UKHL 27. Una sorta di presunzione relativa quanto all'accertamento del fatto compiuto dal giudice di prime cure è sostanzialmente desumibile da Cass., Sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, 1433 SS., con nota fortemente critica di BALENA, Giampiero - ORIANI, Renato - PROTO PISANI, Andrea - RASCIO, Nicola, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*; ma, con l'avvento del processo telematico e, quindi, il venir meno della disponibilità del fascicolo, l'ipotesi considerata dalla pronuncia è oggi da ritenersi non più ripetibile.

¹¹² Enfasi aggiunta.

¹¹³ Che, come si vedrà, ha assunto un ruolo di esempio tanto nell'elaborazione del filtro in appello italiano – sebbene, poi, l'istituto abbia subito una virata “all'inglese”: cfr. VERDE, Giovanni, *La riforma dell'appello: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 971 ss.–, quanto della proposta di *filtrage des pourvois* da parte della Cassazione francese.

¹¹⁴ DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, cit., 47 ss.

A queste notazioni di ordine comparato va aggiunto, dal punto di vista economico, che la predisposizione di un meccanismo di selezione delle impugnazioni richiede la considerazione di una serie di fattori: innanzitutto, l'idea che, nei gradi successivi al primo, l'interesse pubblico – che sia, in generale, quello all'efficiente distribuzione delle (scarse) risorse del sistema giudiziario o, con specifico riferimento al giudizio di legittimità, quello alla tutela dello *ius constitutionis* – debba prevalere sull'interesse delle parti trascura la funzione di riduzione dei «*costs of legal error*» (e, dunque, di rimozione delle sentenze “sbagliate”), che costituisce scopo – non unico, ma comunque – necessario del grado di impugnazione¹¹⁵; riguardata da questa prospettiva, anzi, «l'astuzia» consistente nel puntare sull'interesse individuale onde conseguire, ad un livello più alto, l'attuazione del diritto obiettivo, su cui contava Calamandrei¹¹⁶, appare come la felice intuizione del concetto – economico – di «effetto» o «equilibrio di separazione», in base al quale il metodo più efficiente per conseguire un controllo sulla correttezza di una pronuncia consiste nel lasciare alle parti il compito di impugnarla, se del caso¹¹⁷.

Con più specifico riferimento ai gradi intermedi, poi, si è sottolineato come essi siano in grado di svolgere una doppia funzione a beneficio delle Corti superiori: uno – tuttavia solo temporaneo – si verifica nel momento in cui si introduca *ex novo* uno *échelon juridictionnel*, il che «*permet un transfert mécanique de chages des juridictions supérieures vers les nouvelles juridictions*», le prime venendo corrispondentemente sgravate di una parte del contenzioso¹¹⁸; l'altro, permanente, di filtro naturale rispetto al gradino superiore¹¹⁹. Considerazioni, queste, che andrebbero tenute presenti non solo dinanzi a proposte –

¹¹⁵ Cfr. POSNER, Richard A., *Economic Analysis Of Law*³, Boston 1986, 550.

¹¹⁶ CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*, II, in *Opere Giuridiche*, Napoli 1979, VII, 137.

¹¹⁷ SZEGO, Bruna, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia*: in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008, 285. Le alternative immaginabili, infatti, sarebbero quella di investire maggiormente sulla formazione dei giudici di primo grado (ciò che avrebbe verosimilmente costi proibitivi, oltretutto non necessariamente correlati alla certezza del risultato) o l'esclusione dell'appello, da soppiantarsi con un esame a campione (che genera una palese inefficienza laddove determina che non tutte le sentenze errate siano controllate e riformate, mentre assoggetta a controllo – infine inutile – una porzione di quelle corrette).

¹¹⁸ BELORGEY, Jean-Michel, *La situation générale du temps des procédures devant les juridictions*, in COULON, Jean-Marie - FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, 1996, 7, che segnala come tale tecnica sia stata utilizzata, in Francia, con l'istituzione delle Corti amministrative d'appello e, a livello UE, con quella del Tribunale di prima istanza.

¹¹⁹ Cfr. PROTO PISANI, Andrea, *Il ricorso per cassazione in Italia*, in *Foro it.*, 2015, 188 ss., con riferimento all'appello; e di «appello come “filtro” al ricorso per cassazione» discorre anche Corte cost., 11 aprile 2008, n. 98, in *Giur. cost.*, 2008, 1165.

iconoclastiche¹²⁰ o meno che le si ritenga – di soppressione *tout court* dell'appello, ma anche di semplice limitazione dello stesso: ciò che avviene, appunto, con la predisposizione di filtri, che, anzi, a seconda della concreta modalità di attuazione, rischiano di eliminare *di fatto* il grado di giudizio, senza tuttavia conseguire il risparmio di risorse ed energie che conseguirebbero da una abolizione anche sulla carta.

Ancora, sotto il profilo del criterio di scrematura, v'è da considerare che «*[s]creening costs will be lower if the criteria are easier to apply by the parties and by the judge*»¹²¹, con la conseguenza che, ad esempio, a parametri discrezionali (come la «ragionevole probabilità di accoglimento», *ex art. 348-bis c.p.c.*) sarebbe da preferire una limitazione dell'accesso in ragione del valore della controversia; ma neanche tale seconda soluzione appare ottimale, posto che «*[t]he minimum-amount-in-controversy approach is the equivalent of an infinite filing fee for cases below the minimum and a zero filing fee for cases above it*»¹²². Ed infatti, anche la Relazione illustrativa al disegno di legge che ha condotto alla riforma del filtro in appello tedesco evidenziava la «percepita irragionevolezza di impedire *tout court* l'accesso, ad es., all'appello nel caso di soccombenza di valore inferiore al minimo legale richiesto per l'ammissibilità dell'impugnazione»¹²³.

Infine, qualunque sia il criterio prescelto, «*[l]eave for appeal leads to cost savings only if the number of cases in which appeal is not allowed is sufficiently high to compensate for the extra screening costs*»¹²⁴.

Se questi avvertimenti valgono in generale e possono essere utilizzati quali parametri di valutazione dell'efficienza dei meccanismi di selezione di tutte le impugnazioni, sembra opportuno analizzare distintamente la disciplina dell'appello e quella del ricorso per cassazione.

¹²⁰ Il riferimento è qui, ovviamente, a CAPPELLETTI, Mauro, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.* 1969, 81 ss. e ID., *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n° 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?*, *ivi*, 1978, 1 ss.

¹²¹ BARENDRECHT, Maurits - BOLT, Korine - DE HOON, Machteld, *Appeal Procedures: Evaluation and Reform*, in *TILEC Discussion Paper DP*, 2006-031, 23.

¹²² POSNER, Richard A., *Economic Analysis Of Law*³, cit., 547.: cfr.

¹²³ DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, cit., 49, nota 5.

¹²⁴ BARENDRECHT, Maurits - BOLT, Korine - DE HOON, Machteld, *Appeal Procedures*, loc.cit.

4.2.1 L'appello

Il panorama ordinamentale francese si è finora distinto per una tendenziale assenza di *filtrages*: ciò è sicuramente vero con riferimento all'appello civile¹²⁵, benché una parte della dottrina francese¹²⁶, seguita da quella italiana¹²⁷, abbia ritenuto di rinvenire una sorta di filtro nella *radiation du rôle* (ex art. 526 CPC), disposta dal giudice d'appello quando il soccombente non abbia ottemperato alla sentenza di I grado, «à moins qu'il lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision».

È innegabile che la previsione – che si traduce in una inversione della regola dell'effetto sospensivo dell'appello¹²⁸ – spieghi un'efficacia deterrente degli appelli infondati, facendo venir meno l'interesse all'impugnazione altrimenti proposta a meri fini dilatori¹²⁹; ma, al di là delle diverse conseguenze ricollegate alla cancellazione della causa dal ruolo – stante la possibilità di *réinscription de l'affaire au rôle* – e alla mancata concessione di un (vero e proprio) *leave to appeal*, appare eccessivo l'accostamento alla discrezionalità di cui gode il giudice nella valutazione delle circostanze che evitano la *radiation* con quella relativa all'apprezzamento della ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello (secondo la formula utilizzata dal nostrano art. 348-bis c.p.c.)¹³⁰.

¹²⁵ Cfr. MAFFEI, Sara, *L'appello nel diritto francese e belga*, in CECHELLA, Claudio (diretto da), *Il nuovo appello civile*, Bologna 2017, 345-346; DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, cit., 30 ss. Diversamente, in materia penale, è previsto un meccanismo di *non-admission* (sul quale, relativamente alla Cassazione civile, v. *infra*) presso la *chambre de l'instruction* della Corte d'appello (art. 186-1 CPP).

¹²⁶ FERRAND, Frédérique, *L'évolution récente de l'appel civil en droit français*, in *ZJP Int.*, 2009, 59.

¹²⁷ DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, 36.

¹²⁸ PERROT, Roger, *Les effets de l'appel en droit français*, in VAN COMPERNOLLE, Jacques - SALETTI, Achille, *Le double degré de juridiction*, Bruxelles, 2010, 278 ss. Peraltro, si prospetta un prossimo allineamento alla soluzione italiana: come si legge in MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, cit., 7, una delle riforme preconizzate è quella volta a «reconna[ître] le caractère exécutoire de la décision de première instance pour que les décisions de justice s'exécutent rapidement». L'idea non è nuova, molteplici essendo state, in passato, le proposte in tal senso; ma tutte, infine, abbandonate per la forte opposizione suscitata tra gli addetti del settore.

¹²⁹ *Contra*, BATTAGLIA, Viviana, *Effetti dell'introduzione del giudice unico in tribunale*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 1081, per la quale l'immediata esecutività della sentenza di primo grado spingerebbe il soccombente ad appellare «sempre e comunque», nella speranza di ottenere l'inibitoria (peraltro, va notato che, al tempo, non era ancora stato aggiunto all'art. 283 il comma 2°, che consente al giudice di sanzionare le richieste di inibitoria inammissibili o manifestamente infondate con una pena pecuniaria compresa tra i 250 e i 10.000 €: cfr. art. 27, l. 12 novembre 2011, n. 183).

¹³⁰ E lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, può farsi con riferimento all'art. 1009-1 CPC, che disciplina la *radiation du rôle* nel giudizio innanzi alla Cassazione, quando non sia data esecuzione alla sentenza d'appello:

Inoltre, se è vero che le conseguenze estreme cui la *radiation* può condurre (la *pérention de l'instance*¹³¹, se l'esecuzione non avviene entro 2 anni¹³²) rischiano di vulnerare il diritto di difesa dei soccombenti appartenenti alle classi più deboli¹³³, è stato pure esattamente sottolineato¹³⁴ che l'esecuzione provvisoria – richiesta dalla parte vittoriosa in primo grado – è concessa a rischio e pericolo di quest'ultima, come si desume dalla circostanza che l'art. 517 CPC permette di subordinarla alla prestazione di una garanzia «*suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations*»¹³⁵; infine, la stessa interpretazione delle condizioni esimenti dalla *radiation* deve tener conto della giurisprudenza della Corte EDU, come già da tempo è d'uso fare presso la *Cour de cassation*, ove la *radiation du rôle* è prevista dal 1999.

Sotto altro profilo, se – come si è accennato *supra* – un legame va individuato tra ruolo del giudizio di primo grado e selezione delle impugnazioni, nel senso che queste ultime sono intanto ammissibili (o, comunque, auspicabili) in quanto il sistema assegni un ruolo centrale alla trattazione innanzi al giudice di prime cure, una delle ragioni alla base di una passata (ed evidentemente infruttuosa) proposta di eliminazione dell'effetto sospensivo dell'appello stava proprio nella «*préoccupation de politique judiciaire [que] grâce à l'appel suspensif, on entretient dans l'esprit des plaideurs cette idée que la première instance est une étape préparatoire, où l'on se met en jambe, sans grande conséquence: la véritable instance qu'il faudra prend au sérieux sera celle qui se déroulera devant la cour*»¹³⁶. E nello stesso senso sembra doversi leggere la (perdurante) apertura del secondo grado ai *nova*: il *décret* n°2017-891 du 6 mai 2017, pur avendo operato – mediante la modifica dell'art. 561 CPC – una stretta all'effetto devolutivo dell'appello, ha lasciato immutato il testo dell'art.

sebbene anche CANIVET, Guy, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, 14, parli di una procedura avente un «*objectif de filtrage*», egli ammette poi che «*[e]lle tend davantage à consacrer le droit d'exécution des décisions nonobstant pourvoi qu'à alléger la charge de la Cour*».

¹³¹ Art. 383, *alinéa* 2, CPC.

¹³² Art. 386 CPC.

¹³³ V., per tutti, GALLIERE, Philippe, *La justice victime de la chasse aux appels dilatoires*, in *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2005, 6 ss.

¹³⁴ HUGON, Christine, *La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire : un nouveau miroir aux alouettes ?*, in *Rec. Dalloz*, 2006, 1640 ss.

¹³⁵ MOREAU, Agathe, *L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant*, in *Rec. Dalloz*, 2006, 524.

¹³⁶ PERROT, Roger, *Les effets de l'appel en droit français*, cit., 279.

563 CPC, a mente del quale, «[p]our justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves».

Ben differente è, sotto entrambi i profili, la situazione italiana, dove effettivamente la previsione della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado¹³⁷ ha spiegato (seppur transeunti) riflessi positivi sul flusso in entrata; non così la stretta ai *nova*¹³⁸, il che si spiega principalmente (ma non solo¹³⁹) in ragione del fatto che «[m]entre il giudice può gestire in parallelo senza limiti stringenti le progressioni sequenziali rappresentate dalle cause nella fase iniziale ed istruttoria – e dunque gestire numerose cause ad ogni udienza –, il momento finale della decisione richiede un tempo assai maggiore rispetto a quello relativo alle numerose ma semplici attività di tipo preparatorio, ad eccezione forse dell'assunzione delle prove orali. Una volta esaurita la trattazione e finita l'istruttoria, quello che prima era gestibile in parallelo, ora deve essere messo in sequenza dal singolo giudice: solo un numero finito di casi può esser studiato e deciso in un tempo dato, e questo numero è quasi sempre inadeguato rispetto al numero di casi in ingresso¹⁴⁰. La fissazione del momento della decisione richiede dunque tempi lunghi, che ciascun tribunale e ciascun giudice programma secondo tecniche e meccanismi che coinvolgono direttamente il *court management* e gli atti di pianificazione generale dell'ufficio»¹⁴¹.

¹³⁷ Art. 283 c.p.c., come modificato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353.

¹³⁸ SZEGO, Bruna, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia*, cit., 297 ss.

¹³⁹ Al di là di forze esogene come l'incremento del numero degli appelli proposti, infatti, altre modifiche di sistema hanno contribuito a neutralizzare qualsiasi effetto benefico potesse derivare dalla neointrodotta provvisoria esecutività della sentenza di primo grado e la (sostanziale) elisione della fase istruttoria in appello: innanzitutto, la soppressione dell'ufficio del pretore – le cui pronunce, prima, erano appellabili innanzi al tribunale – ha redistribuito (a tutto svantaggio delle Corti d'appello) il carico di lavoro (cfr. SZEGO, Bruna, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia*, cit., 295; BATTAGLIA, Viviana, *Effetti dell'introduzione del giudice unico*, cit., 1081, oltre alle tabelle statistiche riportate nelle pagine precedenti); inoltre, in prosieguo di tempo, la «dislocazione all'interno di (quasi ordinari) processi italiani, dell'accertamento della non ragionevole durata di moltissimi processi civili e della liquidazione dei conseguenti danni da risarcire, ha contribuito soltanto a rendere ancor più lento nella media, in tutti gli altri casi, il corso in appello del processo civile stesso, appesantendo di liti ragionieristiche e grame soprattutto le agende delle Corti di appello cui quel giudizio è (per scelta di seppur relativo accentramento) devoluto»: cfr. CONSOLO, Claudio, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto*, cit., 425 e ancora BATTAGLIA, Viviana, *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ E lo è diventato, con riferimento alle Corti d'appello italiane, dopo la soppressione dell'ufficio del pretore: v. nota precedente***.

¹⁴¹ RANA, Giuseppe, *Ufficio per il processo, tirocini formativi e organizzazione del lavoro del giudice civile*, relazione al Convegno *Quale magistratura oggi? Il ruolo del magistrato tra profili organizzativi e responsabilità*, Monopoli, 11-12 settembre 2015, disponibile su unicost.eu, § 3. Questi rilievi, peraltro, non diminuiscono l'utilità di recenti studi – cui, del resto, il lavoro citato fa rinvio – che hanno dimostrato l'efficacia

L'art. 348-bis, comma 1°, c.p.c., poi, ha dato ingresso – nel processo civile¹⁴² – alla categoria della c.d. inammissibilità meritale, prevedendo che, «[f]uori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta».

Il meccanismo può suscitare perplessità nella misura in cui, nel dichiarato intento di espungere dalla fila degli appelli in coda quelli non meritevoli, sì da consentire alle Corti d'appello di dedicare le proprie (scarse) risorse ai casi in cui è più verosimile una riforma della sentenza di prime cure¹⁴³, finisce per assicurare una rapida definizione proprio alle controversie già regolate da una (probabilmente) giusta ed esecutiva decisione di primo grado.

In effetti, benché una simile prospettiva sembri dimenticare la necessità di tutelare l'interesse della parte ingiustamente appellata mediante la stabilizzazione degli effetti della sentenza, un ridimensionamento delle aspettative riposte nel filtro sembra imporsi quando si ravvisi in esso un'applicazione della regola di pianificazione conosciuta – nell'ambito dell'economia applicata all'ingegneria – come «*shortest operation next*»¹⁴⁴, in base alla quale le operazioni da compiere vengono processate in ordine crescente di durata; in tal modo, a parità di tempo di lavoro totale, i singoli tempi di attesa vengono minimizzati. Tuttavia, gli stessi studi del settore avvertono che il criterio non andrebbe utilizzato in assoluto, ma in combinazione con altri¹⁴⁵, sia perché esso non conduce necessariamente ad un risultato ottimale, sia per evitare di incorrere nella c.d. *starvation*: per riprendere la spiegazione di un manuale del settore, «*several threads that consist entirely of short jobs and that together present a load large enough to use up the available processors may prevent a long job from ever being run*»¹⁴⁶. Traslando il concetto nel campo che qui interessa, il

di una diversa gestione del ruolo d'udienza (in qualunque grado del procedimento, e sui quali si rinvia al paragrafo***).

¹⁴² Ma la categoria è già conosciuta da tempo nel processo penale: v. art. 606, comma 3°, c.p.p.

¹⁴³ Così PACILLI, Matteo, *L'abuso dell'appello*, Bologna, 2015, *passim*.

¹⁴⁴ STEIN, Robert E., *Re-Engineering the Manufacturing System: Applying the Theory of Constraints*, New York, 2003, 27.

¹⁴⁵ CIMORELLI, Stephen C. - CHANDLER, Greg, *Control Of Production and Materials*, in CROWSON, Richard (ed.), *Factory Operations: Planning and Instructional Methods*, Boca Raton, 2005, 216.

¹⁴⁶ SALTZER, Jerome H. - KAASHOEK, Frans, *Principles of Computer System Design: An Introduction*, Burlington, 2009, 355.

rischio è che un'applicazione generalizzata e priva di correttivi determini che le sopravvenienze di appelli infondati conducano, paradossalmente, ad aumentare il tempo di attesa di quelli fondati.

Il punto può essere illustrato con un esempio banale: dati due soli appelli, dove A, proposto per primo, richieda tre udienze per essere deciso, mentre B (verosimilmente infondato) necessiti di una sola udienza, il tempo totale per esaurire entrambi – qualunque sia l'ordine di trattazione – sarà di 4 udienze.

Tuttavia, seguendo l'ordine cronologico di iscrizione a ruolo, si avrebbe graficamente la situazione per cui

Udienza 1	Udienza 2	Udienza 3	Udienza 4
A	A	A	B

sicché, A verrebbe deciso dopo 3 udienze; B dopo 4 udienze, con un tempo di attesa totale di $3 + 4 = 7$ udienze. La durata media dei procedimenti sarebbe quindi pari a $7/2 = 3,5$ udienze.

Viceversa, operando il filtro, l'ordine sarebbe

Udienza 1	Udienza 2	Udienza 3	Udienza 4
B	A	A	A

con la conseguenza che A verrebbe deciso dopo 4 udienze; B dopo 1 udienza, con un tempo di attesa totale di $1 + 4 = 5$ udienze e una durata media di $5/2 = 2,5$ udienze.

Nel primo caso, A non vede incrementare il proprio tempo di attesa, mentre B subisce un ritardo di 3 udienze; nel secondo, è solo A a dover attendere una udienza più del necessario; e questi dati, unitamente a quelli relativi alla durata media nei due casi, dovrebbero nettamente far propendere per la soluzione che implementa il filtro. Tuttavia, un ragionamento in termini esclusivamente numerici appare possibile solo laddove i due appelli vengano considerati entrambi meritevoli dello stesso impiego di risorse processuali; ma se, come viceversa si sostiene, sotteso al meccanismo di filtro vi è un giudizio di (dis)valore espresso dall'ordinamento rispetto alle impugnazioni abusive, appare contraddittorio che siano poi *le altre* a pagarne le spese.

D'altro canto, il problema è fortemente mitigato dall'applicabilità, anche in appello, del modello decisorio di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c.¹⁴⁷, che già dal 2011 *astrattamente* (ovvero: purché il giudice abbia piena conoscenza del fascicolo sin dalla prima udienza) consente la celere definizione delle cause dall'esito palese¹⁴⁸, sia nel senso dell'accoglimento che del rigetto; ma allora, il vero discrimine è operato nei confronti degli appelli che, indipendentemente dall'anzianità e dal merito degli argomenti svolti, non possano essere esauriti in un'unica udienza. E rispetto ad essi, almeno fintantoché la gestione dei ruoli d'udienza sia organizzata secondo il metodo del lavoro parallelo¹⁴⁹, non pare vi siano alternative possibili.

4.2.2 Il ricorso per cassazione

Contrariamente a quella dell'appello, la disciplina del procedimento innanzi alla *Cour de cassation* ha storicamente conosciuto meccanismi di selezione dei ricorsi¹⁵⁰, benché sempre più o meno fallimentari: quella che, da un punto di vista di economia processuale, ha dato peggior prova di sé è indubbiamente la *chambre des requêtes*¹⁵¹, che, istituita nel 1790 per regolare l'afflusso di ricorsi, giudicandone preliminarmente la (sola) ammissibilità, finiva spesso per svolgere un esame approfondito del merito della doglianza¹⁵²; con la conseguenza che il ricorso che superasse il primo (dispendioso) vaglio, andava soggetto alla nuova analisi (a questo punto “doppia”) della camera incaricata della decisione.

¹⁴⁷ Art. 350, ult. comma, c.p.c., come modificato dalla l. 12 novembre 2011, n. 183.

¹⁴⁸ Che poi tanto il meccanismo di cui all'art. 348-*bis*, quanto quello ex art. 281-*sexies*, vedano quasi annullate le probabilità di un'effettiva applicazione, posto che entrambe postulano che il giudice abbia piena conoscenza del fascicolo sin dalla prima udienza, è cosa nota.

¹⁴⁹ Una diversa conclusione può raggiungersi con riferimento al lavoro sequenziale, di cui si parlerà *infra.*, § 6.2.1.

¹⁵⁰ V. CANIVET, Guy, *L'organisation interne de la Cour de cassation*, cit., 3 ss. e 13 ss.

¹⁵¹ Per approfondimenti, si rinvia a SDER, *La chambre des requêtes (création, évolution, suppression)*, novembre 2016, disponibile su www.courdecassation.fr.

¹⁵² Cfr. LACABARATS, Alain, *Le moyen sérieux*, gennaio 2010, in www.courdecassation.fr; SONELLI, Silvia, *L'accesso alla Corte suprema*, cit., 148. L'esempio non è isolato: nel stesso sistema tedesco, ove l'accesso alla *Revision* è subordinato ad un *leave*, si lamenta da tempo che la «*acceptance procedure*» cui sono sottoposti i ricorsi onde accedere alla Corte suprema «*represents the main workload of the Federal Court of Justice*»: cfr. GOTTWALD, Peter, *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective*, in ZUCKERMAN, Adrian A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis*, cit., 210.

Se quanto innanzi rende comprensibile la soppressione della *chambre des requêtes* nel 1947, va rilevato che il meccanismo è stato in qualche misura ripreso dalla procedura c.d. di *non-admission*¹⁵³ (poi divenuta *décision non spécialement motivée*), che affida ad una *formation restreinte* il compito di dichiarare l'inammissibilità dei «*pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation*»; con un correttivo, però: la formazione ristretta, infatti, è munita del potere di «*statu[er] lorsque la solution du pourvoi s'impose*» (art. L131-6, dal 2006 art. L431-1 COJ). Questo spiega forse il limitato – iniziale – successo dell'istituto: la procedura si è, infatti, tradotta in una riduzione dei tempi di definizione (medi globali) di circa un mese negli anni 2002-2003; ma il risparmio temporale è andato progressivamente diminuendo, fino ad assestarsi, dal 2007 in poi, nell'intorno -0,2/-0,5 mesi¹⁵⁴, verosimilmente perché, anche stavolta, e «*[c]ontrairement à une idée parfois répandue, la procédure de non-admission n'est pas un mécanisme de filtrage des pourvois qui priverait les parties du droit d'accéder à une formation juridictionnelle. Elle n'est pas, non plus, un mécanisme d'examen sommaire et rapide des dossiers. En réalité, l'instruction d'une affaire, qui se solde par une décision de non-admission, ne diffère pas de celle d'une affaire achevée par un arrêt motivé*»¹⁵⁵.

Alla luce di questi modestissimi risultati – che confermano quanto osservato *supra* circa la convenienza di un meccanismo di selezione solo quando esso si prospetta applicabile ad una porzione preponderante dei ricorsi totali – risulta arduo apprezzare la recente proposta della *Cour de cassation*, che, nel prospettare l'introduzione di un *filtrage des pourvois*, ha ventilato l'idea di affidare la scrematura ad una formazione ristretta istituita in seno alla stessa *Chambre* alla cui udienza il ricorso dovrebbe essere *rimesso* una volta superato il filtro (artt. L. 431-1 e L. 431-1-1 della proposta).

In effetti, nonostante le derive della *chambre des requêtes* siano ben presenti ai redattori dell'*étude d'impact* (come lo erano state nel 2017, quando si era sottolineato che «*la procédure dite de "non-admission" n'est pas un mode de filtrage*»¹⁵⁶), questi inspiegabilmente prefigurano il rischio di un *déjà-vu* solo con riferimento all'ipotetica

¹⁵³ Introdotta con *Loi organique* n° 2001-539 du 25 juin 2001.

¹⁵⁴ Cfr. SOMMER, Jean-Michel - MUNOZ-PEREZ, Brigitte, *Dix ans de non-admission devant les chambres civiles de la Cour de cassation (2002-2012)*, febbraio 2014, disponibile su www.courdecassation.fr, 28.

¹⁵⁵ VIGNEAU, Vincent, *Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2010, 103.

¹⁵⁶ SDER, *Rapport de la commission de réflexion*, cit., 262.

costituzione di una camera apposita¹⁵⁷; laddove è evidente che esso si manifesta quante volte la formazione *filtrante* non sia anche quella *giudicante* sul ricorso che passi il vaglio: il che, secondo le stime della stessa Commissione, dovrebbe verificarsi in poco meno della metà dei casi. Nello stimare le ripercussioni che avrebbe l'introduzione del sistema di *filtrage* sul servizio giudiziario, infatti, essa identifica un «*socle minimum*»¹⁵⁸ di ricorsi che sarebbero prevedibilmente intercettati (pari al 54,5% del totale) semplicemente addizionando i dati relativi a quelli cui (oggi) il *plaideur* rinuncia a seguito del diniego del beneficio dell'*aide juridictionnelle*¹⁵⁹ al numero delle attuali pronunce di irricevibilità e manifesta infondatezza pronunciati con *rejet non spécialement motivé* (RNSM), di irricevibilità *tout court* e di rigetto «*spécialement motivé [mais] qui ne donnent pas lieu à publication parce qu'elles ne présentent pas d'intérêt normatif*». Certo, nel calcolo andrebbero idealmente compresi anche quei casi in cui l'*illégalité* e l'*irrégularité*, oggi rimediate, non lo sarebbero una volta innalzata la soglia di offensività richiesta per la sanzione del vizio (a norma del nuovo art. L. 411-2-1, n. 3); ma il dato non va sovrastimato, posto che «*en usant du deuxième critère (intérêt pour l'unification de la jurisprudence), les formations ad hoc seront attentives à permettre à la Cour de sanctionner le plus grand nombre d'illégalités et d'irrégularités affectant les décisions qui leur sont soumises*». Sicché, resta confermata la stima iniziale e, con essa, la sensazione che il filtro rischi di tradursi in un mero aggravio di lavoro, senza produrre conseguenze sensibili quanto alla quantità e alla tipologia dei ricorsi infine decisi¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Volet « filtrage des pourvois »*. *Projet d'étude d'impact*, cit., 19.

¹⁵⁸ Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Volet « filtrage des pourvois »*. *Projet d'étude d'impact*, cit., 21-22.

¹⁵⁹ Ad oggi, infatti, l'art. 7, *alinéa 3*, *loi n° 91-647 du 10 juillet 1991*, prevede che «*en matière de cassation, l'aide juridictionnelle est refusée au demandeur si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé*» e affida tale valutazione al *bureau d'aide juridictionnelle* (BAJ). La Corte, invece, propone di riformare il sistema, legando la concessione dell'aiuto al mero dato reddituale, sul presupposto che – una volta introdotto il filtro – sarà essa stessa a valutare la serietà del *moyen*.

Si spiega, dunque, l'inclusione nella stima dell'attuale 12,9% di ricorsi rinunciati: «*on peut présumer que dans la très grande majorité des cas, s'ils avaient pu être soumis à la Cour de cassation, les pourvois considérés auraient abouti à une décision de RNSM*». Cfr. Commission de mise en oeuvre de la réforme de la Cour de cassation, *Volet « filtrage des pourvois »*. *Projet d'étude d'impact*, cit., 22-23.

¹⁶⁰ Ciò, del resto, è coerente con le osservazioni compiute con riferimento ad altre Corti supreme, dove l'introduzione di un filtro non ha, sostanzialmente, prodotto conseguenze: esemplificativi sono i casi della Taiwan Supreme Court (cfr. EISENBERG, Theodore - HUANG, Kuo-Chang, *The effect of rules shifting supreme court jurisdiction from mandatory to discretionary—An empirical lesson from Taiwan*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2012, 4 ss.) e dell'*Hoge Raad* olandese, (cfr. MAK, Elaine, *Case Selection in the Supreme Court of the*

D'altro canto, se la proposta lascia perplessi quanto ad efficacia, essa certamente – e nonostante le forti opposizioni della dottrina – non incontra limiti costituzionali espressi, sì da ben potersi allineare alla tendenza europea.

Lo stesso non parrebbe potersi dire con riferimento all'Italia, ove l'art. 111, comma 7°, Cost., nel garantire l'ammissibilità «sempre» del ricorso per cassazione, viene visto come una sorta di *handicap* che affetta l'efficienza del sistema. Che con tale visione si concordi o meno, peraltro, il dato costituzionale, finché immutato, non dovrebbe consentire la predisposizioni di filtri al giudizio di legittimità. Eppure, ciò è avvenuto, con l'introduzione, nel 2009, di una nuova ipotesi di inammissibilità di merito: *ex art. 360-bis*, n. 1, c.p.c. «[i]l ricorso è inammissibile [...] quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

Ora, quand'anche si acceda all'interpretazione che legittima la previsione di *un* filtro – ma non necessariamente *quello* di cui all'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.¹⁶¹ – in virtù di un bilanciamento tra la garanzia *ex art. 111 Cost.* e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)¹⁶², il meccanismo in sé appare economicamente inefficiente.

Sotto questo profilo, infatti, possono richiamarsi molte delle considerazioni già svolte con riferimento alla proposta francese: qualunque sia il parametro che essa è chiamata a valutare, la Sezione filtro è suscettibile di generare le stesse inefficienze della *chambre des requêtes*. Che si tratti di valutare l'«inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale» o la possibilità di «accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza» (art. 375, comma 1°, nn. 1 e 5, c.p.c.) o, ancora, la «conform[ità] alla giurisprudenza della Corte» (art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.), la verifica – da un lato – ben potrebbe essere svolta dal singolo collegio, con conseguente esame *una tantum* del ricorso e – dall'altro – pur operata ed (in ipotesi) esclusa dalla sesta

Netherlands - Inspired by Common Law Supreme Courts?, in *Eur. J. Current Legal Issues*, 2015, disponibile su <http://webjcli.org>).

¹⁶¹ In questo senso, se non ci si inganna, PROTO PISANI, Andrea, *Ancora a proposito di Cassazione civile e nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss.

¹⁶² Così PROTO PISANI, Andrea, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009, V, 380 ss.; ID., *Crisi della giustizia civile: intervenire è possibile ma servono capacità tecniche e buon senso*, ivi, 2013, V, 229 ss.; ID., *Il ricorso per cassazione in Italia*, cit., 188 ss.; ID., *Tre note sui «precedenti» nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2017, V, 286 ss.

Sezione, non priva quella di destinazione, comunque tenuta all'esame dell'intero fascicolo, della possibilità di ritenere diversamente; sicché, che la Sezione semplice confermi (decidendo poi nel merito) o smentisca (dichiarando l'inammissibilità – di rito o meritale – o l'improcedibilità, o accogliendo o rigettando per manifesta fondatezza o infondatezza), tutti i ricorsi che superano il filtro – e sono molti di più di quelli stimati dalla *Cour de cassation*¹⁶³ – sono sottoposti a doppio esame.

Stante quanto si è già detto circa l'economia di parametri complicati, le perplessità aumentano, poi, quando si consideri che la conformità alla giurisprudenza, da un lato, assurge spesso – e pur in assenza di previsione normativa – a metro delle *non-admissions* presso la *Cour de cassation*¹⁶⁴, e, dall'altro, di certo ha costituito il motivo di più di un rigetto (a seguito di studio, può presumersi, non qualitativamente diverso da quello compiuto dalla Sezione filtro) della Cassazione italiana, anche *ante art. 360-bis*, n. 1, c.p.c. Anzi, da questo punto di vista, la sua previsione – con contestuale onere per la Sezione filtro – appare quasi un'*involutione*: se un'ipotesi, ad esempio, di inammissibilità «classica», sfuggita una volta, non richiede uno sforzo eccessivo alla Sezione semplice per essere individuata¹⁶⁵, ben diverso è l'impegno quando si tratti di entrare nel merito per smentire¹⁶⁶ la difformità della pronuncia impugnata ad una «giurisprudenza» che va, innanzitutto, *identificata*¹⁶⁷.

¹⁶³ Come si legge in CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. UFFICIO DI STATISTICA, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, disponibile su www.cortedicassazione.it, 15, l'andamento delle pronunce di inammissibilità, pur fluttuante, si mantiene sempre al di sotto del 20%; nel 2017, esso è stato del 16%; né il dato cambia sensibilmente quando si sommino le declaratorie di improcedibilità (1%).

¹⁶⁴ Cfr. DEUMIER, Pascale, *Jurisprudence*, in *Rep. dr. civil*, 2018, n° 99; VIGNEAU. Vincent, *Le régime de la non-admission*, cit., 107.; ciò che conferma, una volta di più, che le Corti supreme riescono benissimo (legittimamente o meno, questo è un altro discorso) a regolare il proprio *caseload* senza la necessità di intervento legislativo: cfr. CAPASSO V., *Il filtrage des pourvois alla Cassazione francese tra comparazione e analisi economica del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 509 ss.

¹⁶⁵ E neppure lo "spreco" di una doppia pronuncia, quale si ha nei casi di ordinanza di ammissibilità *prima facie* di conflitto innanzi alla Corte costituzionale, quando seguita da una (non certo preclusa) sentenza di inammissibilità da parte della stessa.

¹⁶⁶ E l'ipotesi non è solo teorica: v., per citarne una a caso, Cass., Sez. trib., 18 novembre 2015, n. 23586, in *Rep. Foro it.*, voce *Cassazione civile*, 2015, 1140.

¹⁶⁷ Il che implica una forte dose di discrezionalità dell'organo giudicante – non solo in Italia, ma anche con riferimento ai criteri preconizzati dalla proposta francese –, che si scontra con l'«istintiva sfiducia verso chi esercita un potere» (cfr. VERDE, Giovanni, *Questione giustizia*, cit., 11) tipica del giurista continentale, che gli impedisce di comprendere appieno l'acquiescenza dei colleghi anglosassoni al meccanismo del *leave* (oggi *permission*) to *appeal*.

4.2.3 Segue: *stare decisis* o *nomofilachia preventiva*?

Peraltro, v'è chi ha visto nella norma la consacrazione di un «temperato» *stare decisis*¹⁶⁸; ed, in effetti, l'introduzione della regola, se possibile – giuridicamente¹⁶⁹ e materialmente – si rivelerebbe verosimilmente una scelta efficiente. Trascurando per un attimo gli ordinamenti di *common law*, ove il principio, per la sua longevità, non consente comparazioni tra il *prima* e il *dopo*, si può pensare ad un Paese fino a tempi recenti estraneo a tale tradizione: il Brasile.

Qui, la *súmula*, già intesa dagli anni '60 quale persuasivo «*one-sentence-pronouncement of the judgments of the Court that states succinctly its interpretation of rules and of the Constitution*»¹⁷⁰ in esito ad un procedimento di natura amministrativa¹⁷¹, è divenuta vincolante dal 2004¹⁷², sbarrando, inoltre, l'accesso all'impugnazione delle pronunce conformi; ed è evidente la differenza con l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., sia quanto alla finitezza del criterio di selezione che quanto all'effetto davvero filtrante; invece, l'altro meccanismo, pure introdotto in Brasile, che subordina l'ammissibilità dei ricorsi al requisito da *repercussão geral* non ha avuto – come era da aspettarsi – effetti rilevanti¹⁷³. Ora, nel

¹⁶⁸ CONSOLO, Claudio, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato "stare decisis": la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corr. giur.*, 2010, 1405 ss.

¹⁶⁹ Seguendo il ragionamento svolto da LUISO, Francesco P., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, 817 ss., in ordine all'art. 374, comma 3°, c.p.c., ma analogicamente applicabile ad una ipotetica previsione generale della regola del precedente vincolante, quest'ultima non attenterebbe alla soggezione del giudice «soltanto alla legge» (art. 101, comma 2°, Cost.) più di quanto faccia il giudicato. In una simile eventualità, peraltro, dovrebbero essere i precedenti – salvo ad intendersi sul significato del termine – della Corte di cassazione *tout court* (e non quelli delle sole Sezioni unite) a spiegare efficacia vincolante verticale, pena la violazione – argomentabile, ad oggi, rispetto proprio all'art. 374, comma 3°, c.p.c. – dell'art. 107, comma 3°, Cost.: cfr. AULETTA, Ferruccio, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 3 ss; ID., *Note intorno alla prima applicazione del c.d. «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in *Giust. civ.*, 2008, 770; ID., ... *il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del «sistema» dell'ABF?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 794 ss.

¹⁷⁰ JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria A., *Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: A Comparative Approach*, in *Wash. U. Glob. Stud. L.R.*, 2006, 99 ss.

¹⁷¹ In quanto la selezione non avviene in occasione della decisione di un caso concreto, ma a posteriori (cfr. BRUNO, Anna S., *Bringing Uniformity to Brazilian Court Decisions: Looking at the American Precedent and at Italian Living Law*, in *El. J. Comparative L.*, 2007, 3, disponibile su www.ejcl.org); sotto vari profili, l'istituto ricorda gli *zhidao anli* (*guidance cases* o *arrêts directeurs*) introdotti dalla Corte Suprema cinese dal 2010, su cui v. GUO, William J., *Cases as a New Source of Law in China?: Key Features of and Reflections on China's Case Guidance System*, in *China L. Soc. R.*, 2016, 61 ss.

¹⁷² *Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004.*

¹⁷³ JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria A. - GAROUPA, Nuno, *Stare Decisis And Certiorari Arrive To Brazil: A Comparative Law And Economics Approach*, in *Emory Int. L.R.*, 2012, 597.

rinnovato interesse dopo la recente riaffermazione ed espansione del vincolo al precedente¹⁷⁴, si è stimato che esso possa costituire una esternalità positiva¹⁷⁵, per la sua idoneità ad incrementare la calcolabilità delle decisioni giudiziarie, fornendo quindi alle parti degli appigli sicuri al momento della stima delle probabilità di vittoria e/o sconfitta¹⁷⁶, che si è visto essere determinanti nella valutazione dell'opportunità di agire o resistere in giudizio.

Se riguardata da questo angolo visuale, la stessa funzione nomofilattica della Corte di cassazione italiana – ma ritenuta propria anche di quella francese, pur in assenza di un testo del tenore del nostrano art. 65 ord. giud.¹⁷⁷ – finisce per non rappresentare soltanto la proiezione processuale del principio di uguaglianza, ma anche una possibile soluzione al problema dell'*encombrement* delle Corti.

Tale considerazione, però, non implica una rivalutazione, né della tecnica scelta dai *conditores* italiani, né della via prospettata dalla *Cour de cassation*, in quanto la funzione «economica» della nomofilachia non pare doversi perseguire tramite un – comunque configurato – rimedio *a posteriori* (che, al più, può essere considerato, ammesso che funzioni, una soluzione di emergenza), quanto piuttosto tramite meccanismi atti a consentire una (tendenziale) uniformità della giurisprudenza.

Rispetto a questo obiettivo, il legislatore, se può fare ben poco a valle (non potendo influenzare il *judicial behaviour*), può agire a monte, garantendo la qualità (intesa anche nel significato di «chiarezza») delle leggi. Sotto questo profilo si può pensare, in Italia, alla funzione consultiva (o, meglio di *jurisdictio* preventiva¹⁷⁸) del Consiglio di Stato, i cui pareri, come le pronunce delle Corti supreme, possono costituire uno strumento

¹⁷⁴ Artt. 926-927 *Código de Processo Civil, Lei* n. 13.105, de 16 de março de 2015.

¹⁷⁵ BORGES TEIXEIRA, José Jr, *Reduzindo os Custos: Os Precedentes Judiciais como uma Externalidade Positiva do Litígio*, in *Civil Procedure Review*, 2018, 127 ss.

¹⁷⁶ BAGGENSTOSS, Grazielly A., *O Sistema de Precedente no CPC/2015: a calculabilidade das decisões judiciais pátrias como segurança jurídica defendida pela análise econômica do direito*, in *EAL R.*, 2017, 299 ss. V. anche le considerazioni di POSNER, Richard A., *Economic Analysis Of Law*³, cit., 511.

¹⁷⁷ Derivando, invece, dall'art. 111-1 COJ, in base al quale «[i]l y a, pour toute la République, une Cour de cassation», perché «s'il n'y a qu'une loi pour tous, il ne doit y avoir qu'une meme façon pour tous d'interpréter la loi»: cfr. CADIET, Loïc, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, 41.

¹⁷⁸ L'espressione è utilizzata da Cons. Stato, sez. II, 11 giugno 1997, n. 1366, in Cons. Stato, 1998, 1698; Cons. Stato, sez. II, 9 aprile 1997, n. 129, ivi, 1998, 152.

chiarificatore della normativa, tramite una interpretazione *ex ante* che, a propria volta, alleggerisce il compito delle Corti in sede contenziosa¹⁷⁹.

Quando tali meccanismi non vi siano, o il testo sia rimasto comunque oscuro, altra soluzione astrattamente efficace è quella di anticipare per quanto possibile l'intervento interpretativo della giudice della nomofilachia: qui il riferimento è chiaramente alla *saisine pour avis (du Conseil d'Etat e) de la Cour de cassation*¹⁸⁰, che consente al giudice di merito (sia di primo che di secondo grado) di sospendere il procedimento innanzi a sé pendente per richiedere alla Corte un parere *non vincolante* (ma, di fatto, sempre osservato dallo stesso rimettente e generalmente confermato dalla Corte nelle successive decisioni¹⁸¹) sull'interpretazione di una disposizione che ponga una «*question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*» (articolo 441-1, *alinéa* 1, COJ). Tuttavia, l'istituto – che è ovviamente fondato sulla capacità persuasiva della pronuncia, piuttosto che sull'autorità – se ha dato buona prova di sé *quando utilizzato*, lo è stato troppo poco¹⁸² (vuoi per gli stretti limiti in cui si è ritenuto di ammetterlo, anche per il timore che si traducesse in un ulteriore contributo al sovraccarico della *Cour de cassation*, vuoi per la naturale ritrosia dei giudici di merito rispetto alla prospettiva di spogliarsi, simbolicamente se non giuridicamente, del potere di risoluzione della controversia). Di sicuro, però, esso ha contribuito alla presa di coscienza, da parte della Corte, della necessità

¹⁷⁹ CARBONE, Luigi, *I pareri del Consiglio di Stato sulla riforma Madia: verso un'evoluzione delle funzioni consultive?*, 2017, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, 67.

¹⁸⁰ Su cui, *ex multis*, BUFFET, Jean, *Présentation générale: la saisine pour avis de la Cour de cassation*, 2000, disponibile su www.courdecassation.fr; CHAUVIN, Pascal, *La saisine pour avis*, in *Rapport de la Cour de cassation 1993*, ivi; DARNANVILLE, Henri-Michel, *La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, in *AJDA*, 2001, 416 ss.; LIBCHABER, Rémy, *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel (Avis C. cass. 22 nov. 2002 ; Avis CE 6 déc. 2002)*, in *RTD Civ.* 2003, 157 ss.; MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, Anne-Marijke, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n. 91-491 du 15 mai 1991 Décret n. 92-228 du 12 mars 1992)*, in *JCP*, 8 Avril 1992, 173 ss.; ZENATI, Frédéric, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992)*, in *Rec. Dalloz* 1992, 249 ss.; SILVESTRI, Caterina, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 495 ss.

¹⁸¹ PELLETIER, Caroline, *Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation*, in AA.VV., *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, 2006, 429 sa.

¹⁸² Verosimilmente anche per questo lo SDER aveva preso ad emettere *avis spontanés*, relativi all'interpretazione di nuovi testi di legge, prima di qualunque *saisine* della Corte; la pratica – nata *praeter legem* – è tuttavia ormai abbandonata, viste le forti perplessità sollevate dalla dottrina in punto di legittimazione: cfr. MOLFESSIS, Nicolas, *Les avis spontanés de la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2007, 37 ss.

di «*convaincre les juridictions [du fond] de la justesse [de ses] positions*»¹⁸³, affinché esse le adottino per adesione.

Le perplessità sorgono, invece, quando un obbligo di uniformarsi al precedente sia imposto dall'alto e dall'esterno, come si vorrebbe fare (e, per qualcuno, si è già fatto) in Italia: al di là di ogni discussione teorica relativamente all'esatta portata della regola dello *stare decisis* nei vari sistemi di *common law* – e pur senza soffermarsi sulla circostanza che la regola del precedente vincolante postula un'organizzazione gerarchica delle Corti, estranea al nostro ordinamento –, va innanzitutto ricordato che, nei modelli di stampo anglosassone, sono i giudici stessi ad essersi autoimposti il rispetto dei precedenti, al fine di tutelare la sicurezza giuridica; ma ciò, se da un lato spiega che un simile *self-restraint* sia ritenuto – quantomeno dalle Corti superiori – superabile quando altre esigenze lo giustificano, dall'altro induce anche a ridimensionare il valore di un singolo «precedente».

Prendendo quale punto di riferimento il sistema statunitense – perché paradossalmente più «vicino» di quello britannico al modello continentale, quanto a cogenza del principio dello *stare decisis* –, si è sottolineato che, finché ci si muova nell'ambito di Corti equiordinate, è il giudice *successivo*, nel momento in cui vi aderisce, a determinare il precedente; inoltre, una vera e propria norma – al modo del nostro «principio di diritto»¹⁸⁴, che, svincolato com'è dal fatto, ricorda un *arrêt de règlement*¹⁸⁵ – non potrà delinarsi che a seguito della scelta, da parte di una pluralità di giudici, di conformarsi al (sempre da loro individuato) precedente¹⁸⁶. Fin qui, nulla di diverso rispetto al precedente franco-italiano,

¹⁸³ CANIVET, Guy, *L'organisation interne de la Cour de cassation*, cit., 19.

¹⁸⁴ Art. 384, comma 1°, c.p.c.

¹⁸⁵ In Francia vietato dall'art. 5 CC.

¹⁸⁶ Landes, WILLIAM M. - POSNER, Richard A., *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, in *J. Law & Econ.*, 1976, 250. In questo senso, v. MASOOD, Ali, *The Impact of Supreme Court Precedent in a Judicial Hierarchy*, in *University of South Carolina Scholar Commons (Doctoral dissertation)*, 2016, disponibile su <http://scholarcommons.sc.edu/etd>, 68-69: «*the ability of the justices to establish precedents that reflect their policy preferences would be of little consequence if the lower courts refused to implement those policies throughout the judicial system. This concern is particularly germane given that the vast majority of legal disputes, ultimately, never reach the U.S. Supreme Court. It is, thus, within the lower courts, where the Supreme Court's decisions matter most and legal doctrine most substantially takes shape*».

Sembra, allora, trovare conferma quanto si è altrove sostenuto: la «giurisprudenza» di cui discorre l'art. 360-bis, n. 1, è la risultante di questo processo di progressiva, volontaria adesione ad una pronuncia (cronologicamente) «precedente»; in altre parole, è il *mos judiciorum*, ovvero la consuetudine di matrice giurisprudenziale. Ci si permette di rinviare, sul punto, a CAPASSO, Valentina, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 627 ss.

In effetti, DUXBURY, Neil, *The Nature And Authority Of Precedent*, Cambridge, 2008, 8 ss., individua almeno cinque tratti distintivi tra precedente e consuetudine. Ciononostante, lo stesso a. ricorda che «*the*

sempre e solo persuasivo, orizzontale¹⁸⁷ o verticale che sia; e, come dimostrano gli studi di *judicial behavior*, in tali casi è il convincimento personale del secondo giudice a determinare se e a quale precedente conformarsi¹⁸⁸. Di qui, l'opportunità, per le Corti superiori, di convincere, prima di passare alle *maniere forti* della cassazione.

Ma, qualunque sia il sistema giuridico di riferimento, all'atto pratico la situazione non cambia di molto quando invece il *dictum* assuma immediatamente forza vincolante, perché emanato da una giurisdizione superiore: il giudice di merito, al momento di decidere, è materialmente libero di conformarsi o meno¹⁸⁹, salvo poi rischiare di vedere la propria sentenza, se dissidente, eliminata dalla Corte superiore.

Sembra allora confermato che il vero incentivo a seguire il precedente¹⁹⁰ – *persuasive* o *binding* che sia – risiede nel grado di *certezza della sanzione*, o, in altri termini, nel calcolo di probabilità che la pronuncia difforme sia effettivamente cassata¹⁹¹. E tale valutazione, se può apparire problematica in sistemi in cui «[t]he appellate judge cannot correct all [the] “mistakes” by altering or reversing the trial court’s decision on appeal [...] because the appellate court’s jurisdiction is discretionary and many appeals are not heard»¹⁹², potrebbe essere molto meno aleatoria in sistemi in cui, ben diversamente che nel *common law*, l'esaurimento di tutti i gradi di impugnazione è *la norma*, qualora si potesse contare su una giurisprudenza uniforme delle Corti superiori.

common law existed as a form of customary law long before there was a doctrine of precedent»; ma, in sistemi *civilian*, può argomentarsi che l'evoluzione si sia fermata allo stadio dell'elaborazione consuetudinaria

¹⁸⁷ V. CAVALLONE, Bruno, *Sulla citazione dei «precedenti» negli scritti forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 150 ss.; CADIET, Loïc, *L'organisation interne de la Cour de cassation*, cit., 47.

¹⁸⁸ NIBLETT, Anthony - YOON, Albert H., *Judicial disharmony: A study of dissent*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2015, 60 ss.

¹⁸⁹ Suggestioni in questo senso provengono dallo studio sulle *Appellate Courts* statunitensi di NIBLETT, Anthony - YOON, Albert H., *Judicial disharmony*, cit., 60 ss. che mostra come le *dissenting opinions* sono tendenzialmente il frutto di un'opzione ideologica che induce ad identificare un diverso precedente vincolante, piuttosto che il risultato di una difforme interpretazione della stessa *authority*.

¹⁹⁰ Sebbene in concorso con altri: v. HARNAY, Sophie - MARCIANO, Alain, *Judicial conformity versus dissidence: an economic analysis of judicial precedent*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2004, 405 ss.

¹⁹¹ POSNER, Richard A., *The problems of jurisprudence*, Cambridge, 1990, 224; SHAVELL, Stephen, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, cit., 426; MICELI, Thomas J. - COSGEL, Metin M., *Reputation and judicial decision-making*, in *J. Econ. Beh. & Org.*, 1994, 31 ss.

¹⁹² BUENO DE MESQUITA, Ethan - STEPHENSON, Matthew, *Informative Precedent and Intrajudicial Communication*, in *Am. Pol. Science R.*, 2002, 757.

Se ciò è vero, è forse possibile rivalutare – *in astratto*, in quanto anch'esso sembra scontrarsi oggi con i principi costituzionali italiani¹⁹³– l'idea del vincolo delle sezioni semplici al *dictum* delle sezioni unite (art. 374, comma 3°, c.p.c.), e così comprendersi il paradosso di «un vincolo per così dire in senso verticale e un vincolo assoluto in senso orizzontale»¹⁹⁴, che non si impone ai giudici inferiori, ma opera solo nell'ambito della stessa Corte di cassazione: mentre in ordinamenti in cui i giudici supremi sono solo una manciata, e conseguentemente elaborano una giurisprudenza tendenzialmente coerente, la valutazione del giudice inferiore ha solidi elementi su cui fondarsi, la pletorica formazione (e produzione) della Cassazione italiana (ma anche francese) è fonte sicura di contrasti, che non consentono simili calcoli al giudice di merito.

Né, a monte, alle parti: infatti, quando alla mutevolezza sincronica degli indirizzi si aggiunga quella diacronica – in alcuni settori semplicemente dovuta al venir meno del consigliere relatore, la cui giurisprudenza personale si esaurisce con lui¹⁹⁵ –, aggravata dal tempo necessario perché una causa transiti dal primo grado a quello di legittimità, appare evidente quanto possa essere incerto, o comunque falsato, il calcolo delle probabilità di vittoria o sconfitta eseguito dalle parti sin dalle prime fasi del giudizio (soprattutto in un sistema in cui, ben diversamente che nel *common law*, l'esaurimento di tutte i gradi di impugnazione è la *norma*). Le parti, allora, in assenza di dati *lato sensu* oggettivi su cui basarsi, sono lasciati in balia delle proprie fallacie euristiche.

Da questo punto di vista, se è vero che l'esito transattivo è sempre preferibile al giudizio; che, quanto più le stime sul risultato del processo sono vicine, tanto maggiore è la probabilità di un accordo; che tali valutazioni (autonome o provocate da un'eventuale proposta conciliativa), razionalmente non possono che parametrarsi sulle decisioni di chi ha l'ultima parola; allora, la coerenza delle Corti supreme è, verosimilmente, il più efficace degli strumenti di ADR.

¹⁹³ AULETTA, Ferruccio, *Profili nuovi del principio di diritto*, cit., 3 ss.; ID., *Note intorno alla prima applicazione del c.d. «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in *Giust. civ.*, 2008, 769 ss.; ID., ... *il sole e l'altre stelle*, cit., 794 ss.

¹⁹⁴ AULETTA F., *Note intorno alla prima applicazione*, cit., 771.

¹⁹⁵ Che la giurisprudenza risenta della composizione della Corte è cosa nota ed evidente in *common law* (si pensi, con riferimento agli Stati Uniti, al famoso «*switch in time that saved nine*» del Justice Owens), ma il fenomeno è noto anche in Francia: cfr. BARADUC, Elisabeth, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004, 34.

Il problema è che, se l'obiettivo è quello di raggiungere una tale *consistency*, rivedere le norme del codice non basta.

5. L'aumento dell'offerta, senza incremento di fattori produttivi

Il quadro sin qui delineato lascia l'impressione che il flusso della domanda non possa seriamente trovare un argine né nella previsione di condizioni di procedibilità in primo grado, né di filtri al giudizio di legittimità; d'altro canto, ogni restrizione dei gradi intermedi di giudizio ha, come inevitabile *side effect*, l'incremento del numero di ricorsi presentati alle Corti supreme. Sembra, allora, potersi concordare con i rilievi di Breen, che, preso atto che «*le système judiciaire ne peut agir que de manière indirecte sur les flux de saisines*», sottolinea come assuma valore centrale «*sa capacité de s'adapter aux variations de ces flux*»¹⁹⁶. In sostanza, se la domanda di giustizia, nonostante gli sforzi di contenimento, è in fin dei conti *data*, e la prassi tende a vanificare gli effetti positivi (quando astrattamente ve ne siano) delle modifiche al procedimento, appare comprensibile la tendenza ad intervenire, piuttosto, sul lato dell'offerta.

Quest'ultima, peraltro, rappresenta la variabile, al contempo, più flessibile e più rigida.

Da un primo punto di vista, infatti, essa è interamente nelle mani del decisore pubblico, che può orientarne sia la quantità che la qualità; per altro verso, tuttavia, il virtualmente illimitato *range* di scelte possibili deve fare i conti, da un lato, con i tempi amministrativi necessari ad ogni implementazione (si pensi, ad esempio, alle lungaggini connesse alla selezione concorsuale di nuovi magistrati) e, dall'altro, con i vincoli di spesa posti all'azione statale¹⁹⁷.

¹⁹⁶ BREEN, Emmanuel, *Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002, 44.

¹⁹⁷ In Italia acuitizzatisi, del resto, a seguito dell'introduzione, anche nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, del principio di equilibrio del bilancio, su cui AULETTA, Ferruccio, *L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica*, in D'ALESSANDRO, Chiara A. - MARCHESE, Claudia (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, Roma TrE-PRESS, 2018, 91 ss.; ID., *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»*, cit., 1559; ID., *Equilibrio del bilancio e amministrazione della giustizia*, 2014, in www.judicium.it.

Se ciò consente agevolmente di inferire i limiti *materiali* a quella che sembrerebbe la soluzione più semplice¹⁹⁸ per fronteggiare l'eccesso di domanda – *i.e.*: l'incremento dell'organico, che, infatti, non può rappresentare una risposta sistematica, né celere –, da un punto di vista economico essa non si appalesa neppure come efficiente. L'aumento della capacità responsiva del sistema porta senza dubbio ad una diminuzione della durata dei procedimenti, ma solo nel breve periodo: infatti, «*le stock d'affaires en attente de jugement ne va pas forcément diminuer dans la même proportion*», in quanto «*l'augmentation de l'offre va avoir une incidence sur le comportement des justiciables via l'effet sur les délais. Plus précisément, plus la demande de procès est élastique par rapport aux délais de fonctionnement du tribunal et moins la diminution du stock d'affaires en attente apparaît significative*»¹⁹⁹.

In altre parole, similmente a quanto si è già notato discutendo del rito sommario di cognizione, la diminuzione del costo del tempo associato alla procedura rende l'azione in giudizio più appetibile; di qui, l'aumento della domanda di giustizia²⁰⁰, che, sul medio-lungo periodo, annulla le conseguenze positive dell'incremento dell'offerta, residuando – infine – i soli carichi ulteriori per le casse dello Stato (e, quando ad aumentare siano stati i giudici d'impugnazione, i verosimilmente più frequenti contrasti di giurisprudenza, con le conseguenze già viste sulle aspettative delle parti). Senza contare che, anche nell'immediato, è possibile che l'incremento dell'organico, riducendo la pressione sui singoli, induca i giudici già in servizio ad attestarsi su livelli di produttività minori, così almeno parzialmente compensando la maggiore capacità di output complessiva²⁰¹.

Ciononostante, finché, nella logica emergenziale di breve periodo, si ritenga esigenza soverchia quella di una risposta – in un modo o nell'altro – *quantitativamente* superiore alla domanda (indipendentemente dagli effetti che da ciò potranno derivare in futuro), ma possibilmente a costo zero, una soluzione possibile appare quella della riorganizzazione delle risorse già disponibili: ciò che può essere (ed è stato) tentato con la generalizzazione

¹⁹⁸ E, per PERROT, Roger, *Le juge unique en droit français*, in *RIDC*, 1977, 668, la più efficace.

¹⁹⁹ DEFFAINS, Bruno - DORIAT-DUBAN, Myriam, *Équilibre et régulation du marché de la justice*, cit., 957.

²⁰⁰ SOUAM, Saïd, *Le temps de la procédure. Une analyse économique*, in COHEN, Daniel (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, 2010, 243. Senza necessità di richiamare studi empirici mirati, una conferma *a contrario* è fornita già da CAPPELLETTI, Mauro, *Parere iconoclastico*, cit., 83-84, quando evidenzia la «fuga dalla giustizia» causata dall'incremento della durata dei processi nel periodo 1955-1965.

²⁰¹ BEENSTOCK, Michael - HAITOVSKY, Yoel, *Does the appointment of judges increase the output of the judiciary?*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2004, 351 ss.

della figura del giudice unico e la revisione della geografia giudiziaria. Tuttavia, posto che anche tali misure – nei limiti in cui siano effettivamente capaci di condurre ad una riduzione dei tempi di giudizio – non si sottraggono al(l’ormai trito) rilievo che un processo più veloce è un processo più appetibile, esse appaiono suscettibili di spiegare ulteriori effetti positivi. Per tale motivo, saranno analizzate al termine del capitolo, benché cronologicamente precedenti – se non nella teorizzazione, quantomeno nell’implementazione – a quello che appare il nuovo *trend* nell’amministrazione della giustizia in Europa: la *justice managériale* che, recependo gli insegnamenti del *New Public Management*, promette di intervenire sull’*output* esclusivamente mediante la migliore *gestione* dell’esistente, con il duplice risultato di incrementare la capacità produttiva del servizio giudiziario (e) senza ulteriori oneri per lo Stato.

Questo, almeno, sulla carta; ma, prima di verificare quanto le ricadute pratiche abbiano risposto (o siano suscettibili, in prospettiva, di rispondere) alle aspettative, appare opportuno premettere una breve presentazione del fenomeno – in generale – e della sua teorizzazione – in particolare – con riferimento all’Amministrazione della giustizia.

6. Il *New Public Management*

L’espressione *New Public Management* (NPM) – così come quelle, corrispondenti, adottate nei Paesi *civilian*: Aziendalizzazione delle Pubbliche Amministrazioni in Italia; *Renouveau du service public* in Francia; *Neue sterungsmodel* in Germania; *Modernizacion* in Spagna²⁰² – viene comunemente ricollegata alle teorie di *public governance* presentate nell’opera di Osborne e Gaebler, *Reinventing Government*²⁰³, pubblicata nel 1992.

In realtà, NPM appare piuttosto un «*loose term [whose] usefulness lies in its convenience as a shorthand name for the set of broadly similar administrative doctrines which dominated the bureaucratic reform agenda in many of the OECD group of countries from the late 1970s*»²⁰⁴. È, infatti, già da quegli anni che – in chiara controtendenza con lo

²⁰² PAJNO, Alessandro, *Crisi dell’Amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, 3-4, 565.

²⁰³ OSBORNE, David - GAEBLER, Ted, *Reinventing government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1992.

²⁰⁴ HOOD, Christopher, *A Public Management for All Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, 69, 3-4, cui si rinvia per la ricostruzione delle origini della dottrina in discorso: *ibid.*, 5 ss.; in argomento, anche DA

stile di *Progressive Public Administration* che aveva caratterizzato l'agire pubblico tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo²⁰⁵ – si levano voci che invocano una serie di cambiamenti, globalmente riconducibili, nonostante le diverse sfumature, a due obiettivi fondamentali:

i) l'eliminazione – o, almeno, la riduzione – delle differenze tra settore pubblico e privato; in questo quadro, si inscrivono i suggerimenti di:

1. disaggregare le Amministrazioni in unità di piccole dimensioni, sì da consentirne una migliore gestione;
2. improntare l'organizzazione a logiche di concorrenza;
3. adottare tecniche di *management* già sperimentate dal settore privato;
4. ispirare l'opera pubblica a criteri di frugalità nell'uso delle risorse²⁰⁶;

ii) l'introduzione di metodi volti a parametrare ai risultati l'*accountability* delle Pubbliche Amministrazioni. A tal fine, si collocano le proposte che, enfatizzando la centralità degli *outputs*, promuovono:

5. l'adozione di strategie di *hands-on top management* (che presuppongono una maggiore libertà di azione da parte degli organi direttivi, postulando di conseguenza l'attribuzione agli stessi di maggiori poteri discrezionali nella conduzione dei procedimenti);
6. l'implementazione di meccanismi di valutazione della *performance*
7. e, quindi, di efficaci sistemi di controllo dei risultati²⁰⁷.

L'opera di Osborne e Gaebler, dunque, più che come vera innovazione, si pone come continuazione e sistemazione di tendenze pregresse di un fenomeno sviluppatosi «*par*

CUNHA REZENDE, Flávio, *The implementation problem of New Public Management reforms: the dilemma of control and the theory of sequential failure*, in *Int'l Public Management R.*, 2008, 9(2), 44.

²⁰⁵ E accusato di favorire sprechi, anche a causa del regime di sostanziale irresponsabilità dei funzionari: cfr. GRAY, Andrew - JENKINS, Bill, *From public administration to public management: reassessing a revolution?*, in *Public Administration*, 1995, 73(1), 75 ss.

²⁰⁶ HOOD, Christopher, *The "New Public Management" In The 1980s: Variations On A Theme*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995, 94 ss.; ma già ID., *A Public Management for All Seasons?*, cit., 4-5.

²⁰⁷ HOOD, Christopher, *opp. locc. citt.*

sédimentation et strates successives»²⁰⁸; ciononostante, è ad essa che va il “merito” di aver portato il tema alla ribalta, soprattutto negli Stati Uniti: qui, è proprio *Reinventing Government* ad aver ispirato il rapporto *From Red Tape to Results* del Vice presidente americano Al Gore²⁰⁹; ancora, nel 2002, è nella stessa ottica che Christine Gregoire, Governatore dello Stato di Washington, ha introdotto il *Government Management, Accountability and Performance system* (GMAP)²¹⁰; quanto allo Stato dell'Illinois, la fiducia nel NPM è stata rinnovata ancor più di recente²¹¹.

Volgendo lo sguardo al panorama internazionale, la situazione appare più variegata: nonostante l'interesse manifestato dall'OECD – che, nel quadriennio 1994-1997 ha pubblicato ben 5 rapporti sul tema²¹² –, studi condotti alle soglie del terzo millennio²¹³ mostrano rilevanti differenze nel grado e nelle modalità di implementazione delle riforme. Né l'uniformità appare raggiunta 10 anni dopo; il che ben si spiega, se si considera che il concetto stesso di NPM appare eterogeneo (se non intrinsecamente contraddittorio²¹⁴) e che, ad ogni modo, la sua elaborazione e concreta attuazione in un dato ordinamento resta strettamente collegata al *background* storico, culturale ed istituzionale di quest'ultimo²¹⁵.

²⁰⁸ BEZES, Philippe, *Le renouveau du contrôle des bureaucraties. L'impact du New Public Management*, in *Informations sociales*, 2005, 6(126), 28.

²⁰⁹ GORE, Albert A. Jr., *From Red Tape to Results: Creating a government that works better and costs less*, U.S. Government Printing Office Superintendent of Documents, Washington DC, 1993.

²¹⁰ Si veda l'*Executive Order* 05-02, disponibile su <https://www.digitalarchives.wa.gov>.

²¹¹ Cfr. NATIONAL PERFORMANCE MANAGEMENT ADVISORY COMMISSION, *A Performance Management Framework for State and Local Government: From Measurement and Reporting to Management and Improving*, Chicago, 2010.

²¹² *Public Management Developments: Survey 1994 e Performance Management in Government: Performance Measurement and Results-Oriented Management* nel 1994; *Governance in Transition: Public Management Reforms in OECD Countries* nel 1995; *Responsive Government: Service Quality Initiatives* nel 1996; *In Search of Results: Performance Management Practices* nel 1997.

²¹³ Quello condotto da GUTHRIE, James - OLSON, Olov - HUMPHREY, Christopher. *Debating Developments in New Public Financial Management: The Limits of Global Theorising and Some New Ways Forward*, in *Financial Accountability & Management*, 1999, 15(3-4), 209 ss., mostra del NPM in 11 Paesi (Australia, Francia, Germania, Giappone, Norvegia, Nuova Zelanda, Regno Unito, Stati Uniti, Spagna, Svezia, Svizzera).

²¹⁴ « For example, important goals of the administrative reform are an increase of efficiency (reduction of costs) and equity (tailor-made products or services) at the same time. From this point of view, therefore, variation might be explained as 'selective shopping' from a varied and somewhat contradictory shop (the NPM) »: cfr. HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra, *Introduction*, in HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra (eds.), *New Public Management in Europe. Adaptation and Alternatives*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, 2.

²¹⁵ *Ibid.*, 2-3. Approfondisce l'argomento POLLITT, Christopher, *Convergence or Divergence: What has been Happening in Europe?*, in HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra (eds.), *New*

6.1. L'applicazione del NPM al campo dell'amministrazione della giustizia: profili comparativi

Così, nella pur percepibile tendenza generale verso l'adozione di tecniche di gestione aziendalistica della PA²¹⁶, l'eterogeneità nel livello di penetrazione delle teorie di *public governance* in oggetto nel settore pubblico – in generale – ha spiegato riflessi anche nel campo – particolare – dell'amministrazione della giustizia²¹⁷.

Né poteva essere altrimenti: in una prospettiva di *common law* – ove, sulla scia di Locke, l'attenzione si è storicamente concentrata sull'affermazione della dicotomia tra potere legislativo ed esecutivo, trascurandosi la questione dell'indipendenza della magistratura da quest'ultimo²¹⁸ – è naturale partire dal presupposto che «[t]he courts are an arm of government», con la conseguenza che esse «*have not been, and cannot be, insulated from changes in attitude about the proper role of government and the appropriate means to conduct governmental activity*»²¹⁹; ma anche con riferimento alla tradizione continentale, il legame con la funzione di governo – *sub specie* di buona andamento della Pubblica Amministrazione – è reso inevitabile dall'affermarsi e diffondersi, sin dal XVIII secolo, della figura del giudice-funziario²²⁰. Anzi: se, in Italia, il principio della «buona amministrazione della giustizia» è desumibile dal più generale dettato dell'art. 97 Cost., in

Public Management in Europe. Adaptation and Alternatives, cit., 10 ss., concludendo per l'assenza di una «*strong version of convergence on the NPM model*».

²¹⁶ NAPOLITANO, Giulio, *The transformations of comparative administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 4, 1029-1030.

²¹⁷ Non è un caso che, nel panorama europeo, i principi della giustizia manageriale abbiano trovato la propria concretizzazione più vistosa nei Paesi scandinavi: in Finlandia, ad esempio, «in seguito all'introduzione di un approccio MBO» – i.e. *management by objectives* – «esteso a tutta la pubblica amministrazione negli anni Novanta, il Ministero della giustizia ha diffuso i sistemi di valutazione per obiettivi all'interno degli uffici giudiziari sia a livello di singolo giudice che di corti»²¹⁷. Cfr. CARBONI, Nadia, *Il New Public Management nel Settore Giudiziario*, in *IRSIG-CNR*, 2012, 9.

²¹⁸ Cfr. SCARSELLI, Giuliano, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, Giuffrè, 2000, 65 ss. e 105 ss.; per una sintesi comparativa del ruolo del giudice nei sistemi di *civil* e *common law* si rinvia a MERRYMAN, John H., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973, 53 ss.;

²¹⁹ SPIGELMAN, James J., *The 'New Public Management' And The Courts*, in *Australian L.J.*, 2001, 748 ss., disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1800452>. I riferimenti successivi saranno alla versione digitale.

²²⁰ Cfr. PICARDI, Nicola, *Il monopolio statale della giurisdizione e della procedura*, in ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 140 ss.

Francia esso – per quanto non positivamente previsto – è stato riconosciuto quale «*objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*»²²¹.

Peraltro, se da quanto innanzi è derivata, e discende ancora, la necessità di una (ri)organizzazione della giustizia che possa reggere all'urto dell'*accountability*, più di una perplessità pare potersi esprimere quanto all'opportunità – se non alla possibilità *tout court* – di estendere i principi del NPM a tale settore: non si tratta qui di entrare nel merito delle critiche rivolte al fenomeno in sé²²² – e a *Reinventing Government* in particolare²²³ –, né di liquidare la questione sul piano ideale, sul presupposto che «*[l]a justice [soit] au-delà de l'économie puisque sa seule mesure est le juste*»²²⁴, ma, più limitatamente, di riconoscere che «*c'est du modèle de l'entreprise privée, livrée à la concurrence, que vient le management; et cela nécessite de mobiliser toutes les forces au service de l'entreprise en motivant ses acteurs, en exigeant d'eux des résultats évaluable, en cultivant en même temps la responsabilité individuelle et la cohésion de tous*»²²⁵.

I problemi, allora, si appalesano molteplici, a cominciare dal fatto che l'organizzazione dell'azienda-ufficio giudiziario richiede una fissazione di obiettivi e una ripartizione del carico di lavoro secondo logiche tendenzialmente estranee ai capi dell'ufficio e, comunque, alla struttura dell'organizzazione giudiziaria²²⁶. Ancora, e trascendendo

²²¹ *Cons. const.*, 3 décembre 2009, n. 2009-595 DC, in *AJDA*, 2010, 80 ss., con nota di ROBLLOT-TROIZIER, Agnès; *ivi*, 88 ss., con nota di VERPEAUX, Michel; in *RFDA*, 2010, 1 ss. con nota di GENEVOIS, Bruno.

²²² Per una sintesi, si veda OSBORNE, Stephen P., *The New Public Governance?*, in *Public Management Review*, 2006, 8(3), 377 ss.

²²³ Tra cui spicca, in particolare, quella di JORDAN, Grant, '*Reinventing Government*': *But Will It Work?*, in *Public Administration*, 1994, 72, 271 ss., che oltre ad evidenziarne incompletezze ed aporie ricostruttive, ne segnala le carenze, sia dal punto di vista scientifico – stante l'obliterazione della letteratura accademica nei riferimenti – che empirico, dal momento che molte delle affermazioni contenute nel volume si rivelano null'altro che «*saloon-bar assertion[s]*», in quanto smentite da evidenze statistiche elaborate da altri studiosi del tempo.

²²⁴ COHEN, Daniel - GARAPON, Antoine, *Préface*, in BREEN, Emmanuel (a cura di), *Évaluer la justice*, cit., 17.

²²⁵ LABRUSSE-RIOU, Catherine, *Management et statuts d'indépendance : d'un service public – la Justice – à d'autres – les hôpitaux et l'université*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, 2011, 143.

²²⁶ Quest'ultima, infatti, è definibile come un sistema a legame debole, ovvero un «*sistem[a] organizzativ[o] caratterizzat[o] da una pluralità di unità organizzative, tendenzialmente autonome, a bassa interdipendenza tecnologica e/o gerarchica*»: cfr. ZAN, Stefano, *Le organizzazioni complesse*, Roma, 2011, 34. Ora, posto che non esistono sistemi a legame completamente debole – essendo comunque necessariamente presente, «pena la fuoriuscita dal sistema», una «rete di interconnessioni sistemiche», cioè «l'insieme delle condizioni che "avvolgono" il sistema organizzativo» (*ibid.*, 116) – e che le caratteristiche dei diversi tipi di organizzazione possono tradursi, di volta in volta, tanto in vantaggi che in svantaggi (sicché non è possibile un apprezzamento

dall'intrinseca contraddittorietà dell'idea di poter sviluppare un contesto al contempo competitivo e coeso, il dubbio investe le modalità pratiche da adottare per incentivare la produttività: infatti, che si concordi o meno con le considerazioni di Posner²²⁷ e Cooter²²⁸ quanto alle motivazioni dei giudici, la sensibilità «al bastone e alla carota» sembra risiedere nella natura umana; ma la tecnica rischia di scontrarsi con la garanzia dell'indipendenza della magistratura. Infine, fintantoché l'obiettivo *dichiarato* sia quello di ottenere – nonostante ogni economia di mezzi e di tempo – un *prodotto di qualità*, residuano perplessità quanto all'adeguatezza degli strumenti di valutazione proposti e approntati sinora.

Gli interrogativi di cui sopra si riflettono tal quali nell'analisi comparativa; infatti, se quest'ultima appare imposta, più che consigliata, nell'approccio ad fenomeno di tale portata globale, al fine di attingere dai successi (ma anche dagli errori) conseguiti altrove, la comparazione risulta complicata – oltre che dal già menzionato nesso di derivazione tra grado implementazione delle politiche di NPM e sua recezione nel settore giudiziario – da una sensibile eterogeneità di fini e di mezzi, a propria volta verosimilmente connessi con il substrato culturale ed ordinamentale dei diversi sistemi.

Ciononostante, nella misura in cui le tecniche di gestione aziendalistica della giustizia impattano sul profilo della responsabilità (in senso ampio) della magistratura, possono mutuarsi le parole di Cappelletti²²⁹, sebbene espresse con riguardo ad una diversa accezione del termine: infatti, qualunque sia l'angolo visuale da cui la si guarda, nella valutazione della responsabilità entrano certamente in gioco «valori» che «non sono gli stessi in tutte le società [ma] cambiano da tempo a tempo e da luogo a luogo». Tuttavia, se «[l]a diversità è [...] un elemento insopprimibile del tema», «la diversità, di per sé, non può essere la conclusione di un'analisi comparativa»: scopo di quest'ultima è individuare «*connessioni* e [...] *tendenze evolutive*», rispetto ad un «*tertium comparationis*» che «non può essere altro che *un problema umano condiviso da due o più società*».

in astratto del *modello migliore*: cfr. *ibid.*, 95), resta che tali tipi di sistemi richiedono strategie di *governance ad hoc*. Invece, «[i]l problema del fallimento o dello scarso successo di molti interventi riformatori della giustizia [...] deriva in larga misura dal fatto che molto spesso il legislatore tratta quest[o] sistem[a] come se foss[e] [un']aziend[a] o pubblic[a] amministrazion[e] di stampo weberiano, ignorandone le logiche d'azione e la struttura reale dei giochi» (*ibid.*, 164).

²²⁷ POSNER, Richard A., *What Do Judges Maximize ? (The Same Thing Everybody Else Do)*, in *Supreme Ct. Econ. Rev.*, 1994, 1 ss.

²²⁸ COOTER, Robert D., *The Objectives of Private and Public Judges*, in *Public Choice*, 1983, 107 ss.

²²⁹ CAPPELLETI, Mauro, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, 3-4 (enfasi originaria).

6.1.1. – Divergenze di obiettivi

È ricorrente, fra le critiche alla pretesa universalità del NPM, l'affermazione che «*different administrative values have different implications for fundamental aspects of administrative design*»²³⁰. In effetti, che le soluzioni varino sensibilmente in dipendenza degli obiettivi²³¹ è plasticamente dimostrato anche quando si tenti di restringere geograficamente il campo di analisi; basti pensare alle 3 esperienze nordamericane riportate da Sibony²³²:

i) il *Civil Justice Reform Act 1990*²³³, adottato negli Stati Uniti a livello federale per ridurre i costi e la durata dei procedimenti, si è tradotto in un sostanziale insuccesso, verosimilmente a causa dei difetti di fondo sia nella costruzione del programma che nel metodo di valutazione. L'esperimento (condotto tra il 1991 e il 1994), infatti, ha interessato 10 *district courts* campione, cui era stato imposto di adottare alcune strategie di *case management*; ma le ulteriori 10 corti utilizzate come *panel* di controllo sono state a loro volta incentivate ad implementare tecniche proprie di conduzione differenziata e più attiva dei procedimenti (laddove, invece, un *test* mirante a risultati attendibili avrebbe richiesto che esse continuassero ad operare nel modo usuale). Tale dato, unitamente all'ostilità della magistratura (tradottasi in uno scarso grado di adesione alle tecniche imposte), ha certamente falsato i risultati finali, che hanno registrato differenze trascurabili sia nei tempi che nei costi dei procedimenti trattati nel gruppo campione e in quello di controllo. L'unico successo registrato è la riduzione del numero di cause pendenti: ma la spiegazione più plausibile risiede nell'obbligo di dichiarazione dello stato dei ruoli imposto ai magistrati (e, dunque, nel combinato operare dell'interesse alla reputazione e dell'effetto emulazione);

²³⁰ HOOD, Christopher, *A Public Management for All Seasons?*, cit., 9.

²³¹ HOOD, Christopher, *A Public Management for All Seasons?*, cit., 11 – sulla scia di STRANGE, Susan, *States and markets: an introduction to international political economy*, London, 1988, 1 ss. – ne individua 3, rispettivamente basati su *frugality*, *rectitude* e *resilience*, e focalizzati su *output*, *process* e *input/process*.

²³² SIBONY, Anne-Lise, *Quelles leçons tirer des expériences étrangères ?*, in BREEN, Emmanuel (a cura di), *Évaluer la justice*, cit., 77 ss.

²³³ Su cui si veda anche CHASE, Oscar G., *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?*, in TROCKER, Nicolò - VARANO, Vincenzo (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December 2003*, Torino, 2005, 163 ss.

ii) i *Trial Courts Performance Standards*, elaborati nel 1987 dal *National Center for State Courts* di concerto con il *Bureau of Justice Assistance*, rappresentano probabilmente il risultato di uno dei progetti più meditati e ad ampio respiro sinora condotti. Il programma – il cui scopo non era la mera valutazione della *performance* in termini di *outputs*, ma di *outcomes* – si è infatti protratto per circa una decina d’anni, articolandosi in 3 fasi (ricerca, sperimentazione e diffusione), che hanno visto il coinvolgimento di professionisti tratti sia dalla pratica che dall’Accademia. L’imponente rapporto che ne è scaturito – che individuava, all’origine, 75 indicatori – ha trovato generale accoglimento quanto alla parte teorica (prescrittiva di buone prassi per le Corti), meno quanto a quella attuativa: oltre ai dubbi sollevati in ordine all’eccessiva pervasività (e, quindi, al timore di un possibile utilizzo dei dati raccolti a fini di controllo della magistratura), la capillarità delle previsioni si è rivelata, nella pratica, eccessiva. Non a caso, la maggioranza delle Corti partecipanti al progetto ne ha previsto l’implementazione solo parziale;

iii) il *Nova Scotia Judicial Development Project* ha assunto un taglio completamente diverso, sia per ampiezza (in quanto limitato alla provincia canadese della Nuova Scozia), che per finalità (la valutazione della qualità e della soddisfazione dell’utente) e metodologia (utilizzo combinato di questionari di valutazione e di auto-valutazione). Il progetto, interamente basato sulla partecipazione volontaria, ha visto il coinvolgimento di circa 50 avvocati per ciascun giudice partecipante: i primi, selezionati tra coloro che avevano di recente trattato almeno una causa innanzi al magistrato in questione, sono stati chiamati ad esprimere la propria valutazione quanto alle competenze giuridiche e organizzative, all’imparzialità e al comportamento del giudicante e alla qualità e i tempi di resa delle pronunce. I risultati, aggregati e comunicati in forma anonima a ciascun giudice valutato, sono stati utilizzati al solo fine di individuare eventuali carenze e predisporre programmi di formazione individuali o collettivi (qualora la cattiva valutazione riguardasse l’intero ufficio). Il giudizio è stato globalmente positivo (registrandosi un 88% di risultati compresi tra «buono» ed «eccellente»), ma residua il dubbio che la partecipazione volontaria abbia potuto in certa misura falsare i risultati, potendosi ipotizzare che a prestarsi alla valutazione siano stati proprio i magistrati “migliori” (e, in quanto tali, confidanti in un *feedback* favorevole).

6.1.2. – *Il peso della cultura*

Se gli esempi riportati rendono ben comprensibile la constatazione che «[o]ver *twenty years of experiences with performance management and measurement in judiciaries have not delivered a one size fits all methodology for assessing and improving the functioning of court organizations and judges*»²³⁴, va evidenziato che anche nell'ambito di uno stesso ordinamento, e dunque con un set di obiettivi legislativamente fissato come unitario, l'eventuale volontà di ispirarsi a tecniche sperimentate con successo altrove deve misurarsi con l'attitudine alla ricettività da parte degli operatori chiamati a metterle in campo. Il riferimento non è, qui, a misure allo stato palesemente improponibili nella maggioranza dei Paesi europei – come tagliare il personale amministrativo (già numericamente insufficiente), ridurre gli stipendi dei magistrati o imporre loro dei *furloughs*²³⁵ – ma, molto più banalmente, al dato che la formazione tipica del giudice medio (se non necessariamente esita, certo) favorisce lo sviluppo di una forma mentis poco avvezza alla condivisione di tutti i valori tipici dell'amministrazione (solo) efficiente. Vero è che una recente ricerca svizzera ha mostrato – quantomeno nel contesto di riferimento – una progressiva ibridazione culturale, con il risultato di una sostanziale convergenza quanto ai *core values* (celerità e pubblicità della giustizia, orientamento al fruitore della stessa, indipendenza e trasparenza della funzione)²³⁶; resta, tuttavia, che solo 12 obiettivi su 27 si sono rivelati comuni alla cultura giudiziaria e a quella manageriale.

Sembrerebbe doversene inferire, da un lato, la necessità di operare riforme condivise, possibilmente con un approccio *bottom-up*, piuttosto che *top-down* (ciò che è accaduto in Olanda, dove per primi «*judges agreed they should change their ways and that organization*

²³⁴ LANGBROEK, Philip M. - DIJKSTRA, Rachel I. - BOZORG ZADEH, Kyana - TÜRK, Zübeyir, *Performance management of courts and judges: organizational and professional learning versus political accountabilities*, in CONTINI, Francesco (a cura di), *Handle with Care: Assessing and designing methods for evaluation and development of the quality of justice*, IRIS-CNR Bologna, 2017, 297. Nello stesso senso, PAULIAT, Hélène, *Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative*, in RFAP, 2008, 1(125), 109.

²³⁵ Una sorta di permessi non remunerati, "imposti" al lavoratore per esigenze d'impresa; su questa ed altre soluzioni sperimentate negli Stati Uniti, v. VAPNEK, Jessica C., *21 Cost-Saving Measures For The Judiciary*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2013, 4-5.

²³⁶ EMERY, Yves - DE SANTIS, Lorenzo G., *What Kind Of Justice Today? Expectations Of 'Good Justice', Convergences And Divergences Between Managerial And Judicial Actors And How They Fit Within Management-Oriented Values*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2014, 8. La ricorrenza delle risposte, tuttavia, non è omogenea tra i due gruppi.

development was necessary»²³⁷); dall'altro, l'opportunità di tener conto del verosimile *clash* culturale al momento di operare la scelta tra una *Court administration* affidata a personale "interno" (magistrati con funzioni direttive) o "esterno" (personale amministrativo specializzato in gestione).

In realtà, la soluzione migliore, tra le varie prospettate (che vanno da una completa esternalizzazione, sul modello americano, ove esiste un *Institute for Court Management* specificamente dedicato alla formazione del personale dirigente, fino alla completa rivendicazione delle funzioni anche amministrative da parte dei magistrati)²³⁸, sembra quella di una ripartizione dei ruoli, che riservi a personale esterno la gestione prettamente amministrativa²³⁹, salvo, poi, a doversi intendere sul confine tra le diverse funzioni. Pur non potendosi qui approfondire il tema, peraltro, sembra ragionevole suggerire che il lavoro amministrativo riservato ai Presidenti degli uffici giudiziari debba essere ridotto al minimo indispensabile, sia in quanto esso sottrae tempo alle funzioni giudicanti, sia – e soprattutto – per elementari ragioni di efficienza, apparendo di gran lunga più opportuno che degli aspetti estranei alla preparazione (e all'esame in sede di selezione) dei magistrati si dedichino gli *esperti*.

6.2 Le esperienze francese e italiana

Venendo, quindi, ai due Paesi oggetto di studio, va rilevato che, in Francia, mentre il *renouveau du service publique* – che ha cominciato ad attecchirvi almeno dal 1986 – ha mostrato una continuità indifferente all'alternarsi delle forze politiche al Governo²⁴⁰, la

²³⁷ LANGBROEK, Philip M., *Organization Development of the Dutch Judiciary, between Accountability and Judicial Independence*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2010, 4. L'Olanda, del resto, è tra i pionieri dell'implementazione delle tecniche di NPM in Europa; oltre all'appena segnalato saggio di Langbroek, v. CARBONI, Nadia, *Il New Public Management nel Settore Giudiziario*, cit., 8; LANGBROEK, Philip M. - DIJKSTRA, Rachel I. - BOZORG ZADEH, Kyana - TÜRK, Zübeyir, *The evaluation and development of the quality of justice in The Netherlands*, in CONTINI, Francesco (a cura di), *Handle with Care*, cit., 227 ss.

²³⁸ BARBUTO, Mario, *Court management. Il Programma Strasburgo. Prima esperienza italiana di gestione responsabile del contenzioso civile*, in SCIACCA, Mariano - VERZELLONI, Luca - MICCOLI, Grazia (a cura di), *Giustizia in bilico*, Roma, 2013, 555 ss.

²³⁹ PROTO PISANI, Andrea, *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 222-223.

²⁴⁰ CLUZEL, Lucie, *La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ?*, in BREEN, Emmanuel (a cura di), *Évaluer la justice*, cit., 55-56.

justice manageriale, con il suo carico di «*démarche[s] évaluative[s]*» che «*[ne sont] pas propre à la France*»²⁴¹, è stata accolta con ben meno favore.

In effetti, se all'osservatore esterno la riforma francese operata con *Loi organique relative aux lois de finances* (LOLF) del 2001 appare come «uno dei provvedimenti *leader* in Europa nel modificare la visione del dirigente pubblico tradizionale – orientato più al rispetto doveroso della norma che di parametri di efficacia ed efficienza –, a favore dell'immagine di un dirigente/*manager* responsabile delle prestazioni sia individuali che organizzative e quindi dei risultati raggiunti»²⁴², gli addetti ai lavori raffreddano gli entusiasmi, evocando finanche «*circulaires d'économies budgétaires proposant, par exemple, de réduire le nombre d'expertises psychologiques afin d'honorer la facture de chauffage du tribunal*»²⁴³.

Certo, al di là di simili eccessi, gli strali della dottrina d'Oltralpe si sono focalizzati principalmente sulla materia penale, dove il sistema di *traitement en temps réel* (TTR) conduceva a mostruosità, come quelle che si verificavano nel *tribunal* di Bobigny, in cui «*deux substituts, coiffés d'écouteurs, re[cevaient] à longueur de journée les rapports téléphoniques des policiers et distribu[aient] des dates d'audience correctionnelle sans avoir même lu les procès-verbaux et les déclarations des suspects, des victimes et des témoins. Peu importe que le tribunal constat[ait] ensuite la nullité de la procédure, l'innocence du prévenu ou la bénignité des faits, l'essentiel [était] qu'une réponse systématique [avait] été apportée au trouble invoqué par la police, conformément à la doctrine gouvernementale*»²⁴⁴; ma la diffidenza degli operatori è stata generalizzata. I magistrati, già risentiti²⁴⁵ *in principio* per l'assenza di concertazione nell'adozione della misura²⁴⁶, nel merito hanno percepito

²⁴¹ CADIET, Loïc, *Introduction générale*, negli atti del convegno *Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation*, Parigi, 4 dicembre 2007, disponibili su www.creda.ccip.fr, 25 ; ID., *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, cit., 136.

²⁴² CARBONI, Nadia, *Il New Public Management nel Settore Giudiziario*, cit., 8-9.

²⁴³ SAINATI, Gilles, *Vers une justice managériale ?*, in PELLETIER, Willy - BONELLI, Laurent (dir.), *L'État démantelé*, Paris, 2010, 129.

²⁴⁴ SCHALCHLI, Ulrich, *Contrepoint : La justice à l'épreuve du productivisme. La mécanique judiciaire*, in MIGNARD, Jean-Pierre - VOGELWEITH, Alain (a cura di), *Justice pour tous*, Paris, 2001, 205-206.

²⁴⁵ JOLY-COZ, Gwenola, *La qualité dans la justice, 30 ans de socio-histoire*, in *Gaz. Pal.*, 31 mai 2016, 18 ss.

²⁴⁶ DU LUART, Roland, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mise en oeuvre de la LOLF dans la justice judiciaire*, n. 478, Session extraordinaire de 2004-2005, Annexe au procès-verbal de la séance du 13 juillet 2005, disponibile su <https://www.senat.fr>, 61.

come un sopruso l'imposizione di una remunerazione agganciata alla produttività «*sous la forme d'une prime qualifiée de modulable, [...] alors qu'ils avaient le légitime sentiment que leur charge de travail n'avait jamais été aussi pesante*», mentre i funzionari di cancelleria temevano una riduzione del numero degli effettivi. «*Le sentiment général était donc partagé entre un intérêt d'estime pour une réforme intelligente et ambitieuse dont l'avenir semblait bien incertain, une conviction que la LOLF était une construction technocratique destinée à justifier la réduction des moyens, et une totale ignorance de beaucoup des acteurs du monde judiciaire s'estimant étrangers à la chose budgétaire*»²⁴⁷.

In realtà, le valutazioni (tanto in un senso che nell'altro) appaiono eccessive.

Nel ridimensionare le preoccupazioni della magistratura, può anzitutto osservarsi che la LOLF, imponendo un obbligo di rendiconto a tutte le amministrazioni pubbliche, non ha rappresentato che il coronamento di un processo risalente: è, infatti, già dalla fine del XVIII secolo che, «*comme toutes les administrations en France, la justice a dû rendre des comptes*», posto che un primo obbligo di rendiconto quanto al funzionamento della giustizia risale al *décret de réorganisation des 25 avril – 25 mai 1791*²⁴⁸, mentre è del 1824 una circolare che richiedeva al procuratore generale di segnalare al Governo i nominativi dei magistrati che più si erano distinti «*par leur exactitude et par une pratique constante des devoirs de leur état*»²⁴⁹

In secondo luogo, il *prime modulable* è, appunto, un premio – tra l'altro, concesso sostanzialmente *a tutti* in misura sostanzialmente fissa, differenziandosi solamente, per difetto e per eccesso, le *new entries* e coloro che si impegnano in un carico di lavoro eccezionale²⁵⁰ –, mentre gli obiettivi sono fissati in relazione all'ufficio, e non al singolo magistrato²⁵¹. Se, quindi, non è certo imputabile alla LOLF l'introduzione di un sistema

²⁴⁷ MARSHALL, Didier, *L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (lof) sur les juridictions*, in *RFAP*, 2008, 122.

²⁴⁸ SERVERIN, Evelyne, voce «*Statistique(s) judiciaire(s)*», in CADIET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, 1252 ; v. anche ID., *Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, Paris, 2011, 33 ss.

²⁴⁹ SERVERIN, Evelyne, *La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion*, in FLISE, Laurence - JEULAND, Emmanuel, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, Paris, 2015, 104.

²⁵⁰ JEULAND, Emmanuel - BOILLOT, Christine, *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?*, Paris, 2015, 2.

²⁵¹ *Ibid*, 2.

sanzionatorio della produttività del giudice, quest'ultimo non manca, ma esiste già dal 1958: è, infatti, sulla base della previsione per cui «[t]out manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire»²⁵² che il CSM sanziona i ritardi nell'emanazione dei provvedimenti, quando siano sistematici, non giustificati da un carico anomalo di lavoro e il magistrato sia già stato redarguito, nel corso dell'anno, dalla «*hierarchy*»²⁵³. Ma, a queste condizioni, non pare che il controllo posta costituire un serio rischio per l'indipendenza dei singoli.

Infine, il meccanismo utilizzato per la distribuzione delle risorse umane (magistrati) nei vari uffici appare assolutamente ragionevole: esso, infatti, non è calcolato puramente sul numero di cause iscritte, ma sulla base di una stima espressa in ETPT (*équivalent temps plein travaillé*), ovvero in numero di effettivi a tempo pieno necessari, su base annuale, ad esaurire il contenzioso. Lo stesso meccanismo è utilizzato per la verifica di eventuali scollamenti tra l'allocazione iniziale e il fabbisogno effettivamente registrato nel corso dell'anno, che potrà quindi fornire agli *chefs de cour* i dati onde «*défendre le maintien de leur effectif ou solliciter leur réévaluation*»²⁵⁴ (compatibilmente con il totale fissato ogni anno dal Parlamento). Tale tecnica, già di evidente utilità per i fini rispetto ai quali è predisposta, parrebbe ulteriormente sperimentabile nell'ambito dello stesso ufficio, al momento della distribuzione dei fascicoli tra i singoli magistrati²⁵⁵. Non pare un caso, del resto, che simili meccanismi di *caseload weighting management* siano utilizzati non solo in altri settori pubblici – come quello sanitario²⁵⁶ – ma anche in quello giudiziario: pioniera sotto questo profilo è stata la Norvegia

²⁵² Art. 43, *alinéa* 1, ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958.

²⁵³ Una casistica è riportata in ciascuno dei rapporti annuali del CSM – alla sezione «*Les manquements sanctionnés en [...]*» – pubblicati sul sito del *Conseil*: <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>.

²⁵⁴ MARSHALL, Didier, *Les tribunaux à l'heure de la performance*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, 2011, 16.

²⁵⁵ Per il duplice, possibile impiego dei dati relativi al *workload*, in generale, si rinvia a LIENHARD, Andreas - KETTIGER, Daniel, *Research on the caseload management of courts: methodological questions*, in *Utrecht L.R.*, 2011, 67-68.

²⁵⁶ LECHMAN, Constance, *The Development of a Caseload Weighting Tool*, in *Adm. Social Work*, 2006, 25 ss.

(con il c.d. *Belastningsmodell*)²⁵⁷, ma nel tempo diversi altri Paesi hanno seguito la stessa strada²⁵⁸.

D'altro canto, però, una razionale determinazione del fabbisogno di personale serve a ben poco, se le risorse promesse sono sistematicamente allocate in misura inferiore²⁵⁹, e, più in generale, «*la logique de la LOLF qui aurait dû conduire à augmenter les moyens des tribunaux qui en démontraient la nécessité n'a pas été généralement suivie*»²⁶⁰. Sotto altro profilo, poi, la creazione di una serie di *logiciels* per la raccolta e la condivisione dei dati relativi alle diverse giurisdizioni non si è sempre rivelata felice nella propria attuazione pratica: basti pensare che il *software Cassiopée*, utilizzato nel settore penale, richiedendo «*près de deux ans pour [le] maîtriser parfaitement*»²⁶¹, ha spesso aumentato i tempi e gli *stock* nei tribunali che lo hanno implementato²⁶².

Passando all'Italia, se è vero che «*managerial (in)efficiency is the major problem of the Italian civil courts*»²⁶³, la situazione fotografata da Zan nell'intorno temporale in cui iniziava ad operare la LOLF francese si presentava come «fortemente articolata», anzi, «frantumata» più di qualunque «grande burocrazia pubblica o privata che sia»²⁶⁴. Il giudice, in particolare, appariva abbandonato alla propria «solitudine organizzativa», essendo «chiamato a fare di tutto, dalle semplici operazioni segretariali e manuali, a operazioni di stampo prettamente notarile di verifica e certificazione fino a “giudicare”. [...] Non [era] l'organizzazione a supportare il professionista (il giudice) nella sua attività ma [...] il giudice che “[doveva] farsi carico” dell'organizzazione nel suo insieme soprattutto in termini di

²⁵⁷ CEPEJ, *Time management of justice systems: a Northern Europe study*, Strasbourg, 2006, disponibile su <https://rm.coe.int>, 49-51.

²⁵⁸ V. l'elenco contenuto in CEPEJ-SATURN, *Case-weighting in European judicial systems. Draft Version - Revision 10*, Strasbourg, 3 July 2018, disponibile su <https://rm.coe.int>, § 1.2.

²⁵⁹ DETRAIGNE, Yves, *Projet de loi de finances pour 2018 : Justice judiciaire et accès au droit*, in *Budget 2018 - Justice judiciaire et accès au droit*, 23 novembre 2017, disponibile su <http://www.senat.fr>, § B. *L'insuffisance des effectifs, une difficulté majeure pour les juridictions*.

²⁶⁰ JEULAND, Emmanuel - BOILLOT, Christine, *La qualité dans la performance judiciaire*, cit., 1.

²⁶¹ *Ibid.*, 4.

²⁶² *Ibid.*, 5.

²⁶³ FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Bottlenecks or Inefficiency? An Assessment of First Instance Italian Courts' Performance*, in *Rev. Law & Ec.*, 2015, 340.

²⁶⁴ ZAN, Stefano, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, 58.

risultati attesi²⁶⁵. Anche in questo caso però il giudice non [aveva] né leve, né competenze, e soprattutto aveva scelto un mestiere diverso»²⁶⁶.

«Le esperienze condotte in altri paesi e alcuni casi individuali e “artigianali” in Italia di *case management*», come il Programma Strasburgo²⁶⁷, avviato nel 2001 dal Tribunale di Torino, «dimostrano che se qualcuno (nello specifico il giudice con opportuni supporti) decide di assumere sotto la sua responsabilità il governo dei tempi e delle interdipendenze sequenziali e reciproche i tempi di durata del processo si riducono sensibilmente. Ma nessuno, almeno da noi, chiede al giudice di fare *case management* e tanto meno gli insegna come si fa. Al giudice si chiede di scrivere tante sentenze, di convocare tante udienze e di smaltire le pendenze a prescindere dalle sopravvenienze. Se non ci riesce vuol dire che lavora poco e non, cosa molto più vera sul piano generale, che lavora male perché l’organizzazione non lo mette nelle condizioni di (e non gli insegna a) lavorare meglio»²⁶⁸.

Le cose, sotto questo profilo, non sembrano cambiate granché.

Certo, il NPM – già accennato da precedenti riforme²⁶⁹ – ha fatto ufficialmente ingresso per il tramite della c.d. riforma Brunetta²⁷⁰, uno dei cui scopi principali è quello di «sottoporre al controllo diffuso ogni fase del ciclo di gestione della *performance* per

²⁶⁵ Non senza un certo imbarazzo, va notato che una situazione simile si registrava anche negli Stati Uniti... cento anni prima: cfr. FABRI, Marco, *Cambiamenti strutturali e innovazione nell'amministrazione giudiziaria. Analisi di un caso*, in *Soc. dir.*, 2004, 135.

²⁶⁶ ZAN, Stefano, *Fascicoli e tribunali*, cit., 69.

²⁶⁷ Su cui v. BARBUTO, Mario, *Court management. Il Programma Strasburgo*, cit., 555 ss.; BOLLETTINARI, Alessandro, *Court Management in Italy: from the 'Strasbourg Programme' to Current Law Reform Under the Framework of European Principles*, in *Contr. impr. eur.*, 2013, 263 ss.; OBERTO, Giacomo, *Il Consiglio d'Europa e i temi della giustizia*, in CIRIELLO, Antonella (a cura di), *Organizzando la giustizia: Atti del convegno di Capri dell'ottobre 2016*, Vicalvi, 2017, 51 ss.

²⁶⁸ ZAN, Stefano, *Fascicoli e tribunali*, cit., 69-70.

²⁶⁹ D. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, recante: “Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421”, poi abrogato e in buona parte trasfuso nel d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”; l. 15 marzo 1997, n. 59, “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa” (c.d. legge Bassanini) e successivi decreti delegati. V. *Capitolo 2. La specificità della Giustizia*, in ORGANISMO INDIPENDENTE DI VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE, *Sistema di misurazione e valutazione della performance (10 gennaio 2011)*, tratto da www.giustizia.it.

²⁷⁰ D. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, emanato in attuazione della l. del. 4 marzo 2009, n. 15, recante “Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti”.

consentirne il miglioramento»²⁷¹. In prosieguo di tempo, poi, accanto a progetti di ristrutturazione *consumer-oriented* degli uffici²⁷², l'attenzione al profilo manageriale è indubbiamente aumentata: da un lato, la Scuola Superiore della Magistratura ha preso ad organizzare corsi dedicati ai magistrati che aspirano a funzioni direttive, ormai resi requisito necessario per l'accesso alle stesse²⁷³; dall'altro, l'esperienza del Programma Strasburgo è assunta ad esempio, tanto a livello europeo – precorrendo i tempi del *Groupe de pilotage SATURN*²⁷⁴ della CEPEJ – quanto interno, se è vero che esso ha ispirato la previsione di cui all'art. 37, d.l. 6 luglio 2011, n. 98²⁷⁵, che ha a propria volta introdotto il concetto di «carichi esigibili», onde fissare i livelli di produttività²⁷⁶ da attingere a livello individuale.

Tuttavia, se tale ultimo strumento si rivela certamente utile al fine di individuare *casi patologici* di scarso rendimento, essendo evidente che scarti *molto rilevanti* tra la media (nazionale e/o locale) e la *performance* del singolo magistrato sono difficilmente giustificabili sulla base di considerazioni *altre* dalla responsabilità individuale, sembrerebbe corretto assumere – o, almeno, sperare – che la causa dell'ingolfamento dei tribunali non sia da ricercare nel comportamento individuale di *alcuni*. Per tutti gli altri, che già svolgono il proprio lavoro alacramente²⁷⁷, il rischio è, invece, quello di conseguire incrementi inferiori

²⁷¹ CIVIT, *Delibera n. 2/2012. Linee guida per il miglioramento della predisposizione e dell'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, 5 gennaio 2012, tratto da www.anticorruzione.it, 4.

²⁷² Si pensi al Progetto interregionale/transnazionale “Diffusione di *best practices* presso gli uffici giudiziari italiani”, attivato nell'ambito della programmazione del Fondo Sociale Europeo 2007–2013 sull'esempio della sperimentazione organizzata dalla Provincia autonoma di Bolzano nella programmazione 2000–2006; v. il Protocollo d'intesa fra Ministero della giustizia, Funzione Pubblica e Regioni “Diffusione di *best practices* presso gli Uffici giudiziari italiani” - 30 aprile 2008, disponibile su www.giustizia.it, e VECCHI, Giancarlo, *Systemic Or Incremental Path Of Reform? The Modernization Of The Judicial System In Italy*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2013, 1 ss.

²⁷³ Artt. 35, comma 1, e 41, comma 1, d.lgs. n. 5 aprile 2006, n. 160.

²⁷⁴ Istituito nel 2007, con lo scopo di raccogliere ed analizzare i dati relativi alla durata dei procedimenti in Europa e individuare linee guida per la gestione degli stessi; anche in virtù del confronto con i risultati del progetto torinese, il gruppo ha rilasciato, nel 2011, una guida in tema di *time management*: cfr. CEPEJ, *Implementing the SATURN time management tools in courts*, 2011, disponibile su <https://rm.coe.int>.

²⁷⁵ BOLLETTINARI, Alessandro, *Court Management in Italy*, cit., 264.

²⁷⁶ Quel «termine brutto» che MICHELI, Gian A., *Problemi attuali del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 295, quasi si scusava di utilizzare, ma ormai sdoganato.

²⁷⁷ Contrariamente ad affermazioni ricorrenti in politica, i rapporti della CEPEJ non operano un confronto della produttività dei magistrati dei singoli Paesi, e, in considerazione della consistenza dei dati, calcolare a questi fini il mero rapporto tra il totale procedimenti definiti e il numero di giudici condurrebbe a risultati errati (se non, in alcuni casi, palesemente assurdi). Ciononostante, il *clearance rate* degli uffici giudiziari italiani nelle cause civili e commerciali è superiore alla media (cfr. CEPEJ, *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, 2018, disponibile su www.coe.int, 248 ss.), tanto in primo grado (113% contro una media del 101%) che in appello (111%, rispetto alla media del 101%); non così per i procedimenti pendenti innanzi

rispetto alle potenzialità (effetto Bubka), se non addirittura un appiattimento generalizzato sui risultati medi (convergenza)²⁷⁸.

Inoltre, se la rilevazione della *performance* vuole essere qualcosa di più di un meccanismo per individuare la soglia per tenere al sicuro il magistrato da una cattiva valutazione, sarebbe piuttosto opportuno orientare la raccolta dei dati alla ricerca delle cause alla base dei livelli più bassi di produttività e delle soluzioni a tali problemi. O, per tenersi su di un piano meno ambizioso, quantomeno all'elaborazione di modelli organizzativi idonei ad incrementare la produttività *ceteris paribus*.

E invece, al di là dell'analisi del *dato*, sembra ancora che nessuno «insegna» al singolo magistrato *come* svolgere il suo (inedito) ruolo di *case manager*.

6.2.1 Il lavoro sequenziale

In effetti, se si è già notato che quella della *shortest operation next* non appare la più adatta tra le tecniche di *scheduling*²⁷⁹, ciò non significa che esse siano inapplicabili *en bloc* alla gestione del ruolo d'udienza. Anzi, proprio su questo fronte sembrano essersi di recente aperte nuove prospettive, grazie a studi – per una volta, tutti italiani – che, a ben vedere, appaiono come un adattamento e un'evoluzione del sistema utilizzato per il Programma Strasburgo: quest'ultimo, infatti, con l'obiettivo di evitare lo sfioramento dei canonici 3 anni – che segnano la soglia di sicurezza oltre la quale la condanna per irragionevole durata è praticamente certa – ha puntato all'eliminazione dell'arretrato mediante la semplice inversione della tecnica di gestione in uso: dal LIFO (*last in, first out*) al FIFO (*first in, first out*), con l'ovvia conseguenza di un sostanziale *stand-by* delle sopravvenienze²⁸⁰.

alla Corte di cassazione (92%, laddove la media è 104%), la produttività dei cui magistrati, in ragione del flusso in entrata senza eguali, è tuttavia notoria.

²⁷⁸ VECCHI, Giancarlo, *Valutazione delle performance organizzative e accountability negli uffici giudiziari*, in SCIACCA, Mariano - VERZELLONI, Luca - MICCOLI, Grazia (a cura di), *Giustizia in bilico*, cit., 548.

²⁷⁹ Si veda *retro*, § 4.2.1

²⁸⁰ Se lo sforzo risponde certamente agli obblighi sovranazionali, potrebbe viceversa sembrare indifferente, in relazione all'intero carico pendente, concentrarsi sui nuovi piuttosto che sui vecchi fascicoli. In realtà, lo *stock* di arretrato è suscettibili di spiegare effetti negativi anche sulla sopravvenienze: cfr. MARSELLI, Riccardo - VANNINI, Marco E.C., *L'efficienza tecnica dei distretti di corte d'appello italiani: aspetti metodologici, benchmarking e arretrato smaltibile*, in *CRENOS Working Papers*, 2004/09, 1 ss.; FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Bottlenecks or Inefficiency?*, cit., 317 ss.

Il modello di lavoro proposto da Coviello, Ichino e Persico²⁸¹, ricavato con metodo induttivo – tramite l’osservazione dei dati relativi ai processi iscritti a ruolo nelle Sezioni Lavoro dei Tribunali di Milano e (non a caso) Torino²⁸² – e testato deduttivamente grazie alla collaborazione di un collegio della Corte d’appello di Roma, mira invece a fronteggiare il *nuovo* contenzioso, suggerendo di organizzare il lavoro in modo sequenziale, piuttosto che parallelo (sostanzialmente proponendo uno *shifting* dall’*hearing-level FIFO* ad un *relaxed case-level FIFO*)²⁸³.

Se, quindi, i due approcci appaiono complementari nell’*oggetto* – sicché, in prospettiva, essi potrebbero essere contemporaneamente applicati, qualora dovesse ripetersi l’esperienza delle sezioni stralcio –, la divaricazione nel *metodo* è meno evidente di quanto possa apparire.

In effetti, esemplificando all’estremo, date due cause (A e B), ordinate secondo il numero di RG, la prassi di trattazione è quella che prevede un’alternarsi delle udienze dedicate a ciascuna (organizzazione parallela); ipotizzando che ciascun giudizio sia definibile in 3 udienze, si avrà:

Udienza 1	Udienza 2	Udienza 3	Udienza 4	Udienza 5	Udienza 6
A	B	A	B	A	B

In sostanza, il tempo definizione di A sarà pari a 5 udienze (con tempo di attesa 0), quello di B a 6 (con tempo di attesa 1), per un tempo di definizione medio uguale $(5+6)/2 = 5,5$ udienze.

Riorganizzando il lavoro secondo il modello del lavoro sequenziale, invece, ciascuna causa andrebbe trattata per intero, prima di cominciare l’altra. Schematicamente:

²⁸¹ COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Time allocation and task juggling*, in *Am. Econ. Rev.*, 2014, 609 ss.; ID., *The inefficiency of worker time use*, in *J. EEA* 13, 2015, 906 ss.; BRAY, Robert L. - COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Multitasking, Multi-Armed Bandits, and the Italian Judiciary*, in *Man. & Service Op. Man.*, 2016, 545 ss.

²⁸² COVIELLO, DECIO – ICHINO, ANDREA – PERSICO, NICOLA, *Giudici in affanno*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2012.

²⁸³ Anche CAPONI, Remo, *Procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis c.p.c.) e canone di proporzionalità*, cit., 63, e ID., *Rigidità e flessibilità del processo civile*, cit., 1457, accenna al modello, ricordando che nell’ordinamento tedesco «si è mantenuto sempre il controllo sul numero delle cause affidate al singolo giudice per consentirgli una trattazione tendenzialmente sequenziale delle cause, che trovano frequentemente la loro definizione all’udienza “principale”».

Udienza 1	Udienza 2	Udienza 3	Udienza 4	Udienza 5	Udienza 6
A	A	A	B	B	B

Il tempo definizione di A scende quindi 3 udienze (sempre con tempo di attesa 0), mentre quello di B resta uguale (con un'attesa, però, di 3 udienze); il tempo di definizione medio diventa $(3+6)/2 = 4,5$.

Ad un primo sguardo, dunque, il meccanismo differisce da quello in uso nel Tribunale di Torino in quanto, in quest'ultimo, la trattazione dei procedimenti "anziani" ha comunque avuto luogo in parallelo; tuttavia, gli stessi ideatori sottolineano che esso non può essere applicato al processo nella sua absolutezza – ciò che, sostanzialmente, condurrebbe il procedimento ad assumere le fattezze del *trial* anglosassone, il quale, nonostante l'origine pragmatica (per l'esigenza di consentire la partecipazione della giuria²⁸⁴), piuttosto che ideale, si rivela, sotto questo profilo, più efficiente di quello nostrano – stante la necessità di rispettare i termini a difesa concessi alle parti. Inoltre, essendo ovviamente lontano dalla realtà, e comunque improponibile, che ogni udienza sia dedicata ad una singola causa, appare evidente che un certo numero di procedimenti verrebbe comunque trattato allo stesso tempo dal medesimo magistrato.

Pur con tali correttivi, peraltro, i risultati registrati sono più che apprezzabili: nonostante i tempi di transizione richiesti dall'implementazione (circa 3 anni), all'esito, la durata media dei procedimenti del gruppo trattato risulta minore di quella registrata innanzi al gruppo di controllo di 111 giorni (ovvero, del 12%)²⁸⁵... benché i componenti del primo lavorino meno di quelli del secondo²⁸⁶.

Ora, se le considerazioni degli autori si fermano – com'è pur logico – all'*assessment* dell'efficacia del modello, dall'angolo visuale del giurista potrebbe prospettarsi l'eventualità

²⁸⁴ Cfr. MERRYMAN, John H., *La tradizione di civil law*, cit., 168-169; ma il rapporto causa-effetto non sembra così netto: secondo DAWSON, John P., *A History of Lay Judges*, Cambridge, 1960, *passim*, posta la comune tradizione processuale medioevale, sarebbe stata la recezione del modello inquisitorio romano-canonico (scritto e, per ciò stesso, diluito nel tempo) a portare alla scomparsa del giudizio della comunità nell'Europa continentale. In Inghilterra, viceversa, il mantenimento delle vecchie forme si sarebbe ben attagliato alla giuria. Sul punto si veda anche *infra*, cap. IV.

²⁸⁵ BRAY, Robert L. - COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Multitasking, Multi-Armed Bandits, and the Italian Judiciary*, cit., 555.

²⁸⁶ *Ibid.*, 557-558.

di un conflitto – non certo con un fantomatico «diritto alla buona amministrazione»²⁸⁷, qui da intendersi come «diritto individuale alla trattazione celere della causa», ma, semmai, – con il principio di uguaglianza; in effetti, se si parte dal presupposto che esso implichi che tutti debbono partecipare in egual modo dell'*inefficienza* del sistema, l'organizzazione parallela del lavoro – con il suo rinviare sistematicamente ogni causa, al termine dell'udienza per essa celebrata, alla fine della coda – sarebbe (nella sventura) da preferire.

Tuttavia, come risulta evidente dagli esempi, l'organizzazione sequenziale migliora la condizione di *tutti* i litiganti, salvo che dell'ultimo – che, peraltro, non rimarrà a lungo tale –, il quale, tuttavia, non vede neppure *peggiorare* la propria situazione. In termini economici, si tratta della concretizzazione dell'ottimo paretiano: il modello suggerito conduce ad una distribuzione del lavoro tale per cui non è possibile migliorare il processo di produzione, in quanto *qualunque altro tipo* di organizzazione, se è suscettibile di aumentare l'utilità per un soggetto, diminuisce contestualmente quella di un altro. Ipotizzando un'implementazione del modello, allora, dal punto di vista dell'ultima causa iscritta a ruolo non pare vi sia possibilità di lamentare una violazione dell'art. 3 Cost.²⁸⁸, le alternative essendo solamente due: un ritorno al lavoro parallelo – che lascerebbe la situazione esattamente immutata sotto il profilo del tempo occorrente per l'emanazione del provvedimento finale – o un diverso posizionamento nella coda, che, però, andrebbe certamente a detrimento di tutte le cause successive e, pertanto, non potrebbe giustificarsi se non in virtù di criteri preferenziali di trattazione.

Tale ultima considerazione introduce, peraltro, la necessità di apportare alcuni correttivi al modello, con riferimento ai provvedimenti cautelari, a quelli anticipatori non cautelari, nonché ai procedimenti sommari. Nonostante le note differenze nei fini e il diverso grado di necessarietà costituzionale che li contraddistingue, infatti, la soluzione relativa al rapporto tra di essi ed il modello di lavoro sequenziale sembra poter essere omogenea: da un lato, la necessità di non svuotare tali meccanismi di ogni significato non può che canalizzarli in una corsia preferenziale quanto alla fissazione dell'udienza, ove necessaria (quindi, con

²⁸⁷ Il riferimento è all'art. 41, su cui v. PEGORARO, Lucio, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Ist. fed.*, 2010, 543 ss.

²⁸⁸ Il problema che si pone è, semmai, quello del controllo sul potere (così ampliato) del giudice di disporre del proprio ruolo; ciò che induce a guardare con interesse alla soluzione da ultimo adottata in Brasile, dove l'art. 12 § 1° dispone che «[a] lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores»; v. anche, sul punto, le considerazioni di AULETTA, Ferruccio, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019, 207 ss. -

esclusione del procedimento monitorio), o comunque all'analisi della domanda²⁸⁹; dall'altro, la fase a trattazione piena, ove effettivamente attivata (nei termini eventualmente previsti), dovrebbe seguire la calendarizzazione ordinaria²⁹⁰, e quindi essere fissata in base all'ordine cronologico di arrivo, nell'ambito – di volta in volta – del gruppo di procedimenti trattabili parallelamente.

Anche sul punto è, però, possibile tranquillizzarsi: l'agenda A-Lex, realizzata dalla Fondazione Giuseppe Pera proprio partendo dalle elaborazioni teoriche del modello sequenziale²⁹¹, infatti, consente, a monte, di impostare una serie di priorità (tanto della causa in generale, quanto della singola udienza, in relazione alle attività da espletarvi) e, a valle, di “forzare” la calendarizzazione suggerita, sì da consentire deroghe – quali quelle qui suggerite – a quello che sarebbe l'*optimum* in astratto, onde contrastare fenomeni di *moral hazard*. Inoltre, suddividendo il tempo del magistrato in *slots*, è possibile per lo stesso tenerne alcuni “liberi”, proprio per fronteggiare le sopravvenienze urgenti²⁹².

L'agenda, quindi, oltre a consentire – quando il magistrato *effettivamente* organizza il proprio ruolo secondo il modello sequenziale – i già richiamati risultati in punto di abbreviazione del processo, contribuisce a ridurre il *deficit* informativo delle parti – se non quanto all'esito – in relazione alla durata del processo e, quindi, al «costo del tempo»²⁹³. Infatti, permettendo finalmente un utilizzo effettivo dello strumento di cui all'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c., essa fa sì che «“calendario alla mano”, le parti poss[a]no rendersi conto dei tempi che – presumibilmente – ci vorranno per giungere ad una decisione e [...] quindi

²⁸⁹ Il che, del resto, appare in linea con la previsione dell'art. 37, comma 2°, lett. b), d.l. 6 luglio 2011, n. 98, per il quale «l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti» va individuato tenendo conto, tra l'altro, «della natura» della causa.

²⁹⁰ Con la precisazione che, trattandosi di procedimento ai sensi degli artt. 657 ss. c.p.c., sarebbe l'eventuale prosecuzione della causa secondo il rito lavoristico a dover essere postergata, ferma restando la necessità dell'udienza e delle conseguenze *ex* artt. 662, 663, 665 e 666, comma 1°, c.p.c.

²⁹¹ Non si intende qui entrare nel merito della polemica suscitata dall'apparentemente inspiegabile reiterato rinvio, da parte del Ministero della Giustizia, nell'implementazione dell'agenda, oltretutto offerta gratuitamente. Molto più limitatamente, nella convinzione della sua utilità – già maturata a seguito della lettura dei lavori scientifici menzionati *supra*, e confermata grazie all'intervista citata del prof. Andrea Ichino ed al test personalmente compiuto di A-Lex –, l'intento è quello di evidenziare l'assenza di impedimenti di tipo giuridico al suo utilizzo.

²⁹² Mentre le statistiche estrapolate dal programma forniscono un *feed-back* quanto all'accuratezza della stima preventiva effettuata dal giudice, in modo da consentirgli, eventualmente, di “aggiustare il tiro” per il futuro.

²⁹³ V. *retro*, § 4.1.

meglio valutare se la risoluzione giudiziaria della loro controversia costituisca o meno la strada migliore»²⁹⁴.

Merita, infine, segnalare un insperato – ma certo ben accetto – effetto collaterale svelato dalla sperimentazione: come riportano gli autori, «[a]bout a year after our intervention, the treated judges reported a serendipitous side effect: they forgot fewer case facts under case-level FIFO because of the reduced time between hearings. They speculated that better remembering the cases led to fairer rulings». Ed i numeri sembrano confermare tale impressione: il tasso di impugnazione delle sentenze emesse dal gruppo trattato è inferiore del 3,8% rispetto a quello che interessa le pronunce del gruppo di controllo²⁹⁵.

In sostanza, la concentrazione processuale²⁹⁶, intesa come la necessità che il processo si svolga «in una udienza o in poche udienze vicine», da «principale conseguenza dell'oralità»²⁹⁷ – oggi destinata, checché se ne pensi in principio, a svanire sempre più, in tempo di processo telematico – mentre recide il nesso con quest'ultima, ne conserva le conseguenze: ché, anche quando il giudice non debba far altro che leggere «morte scritte»²⁹⁸ (come ormai avviene tipicamente già in primo grado, ma certo più spesso in appello), resta che «quanto più le attività processuali sono prossime alla decisione del

²⁹⁴ PICOZZA, Elisa, *Il calendario del processo*, cit., 1652.

²⁹⁵ BRAY, Robert L. - COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Multitasking, Multi-Armed Bandits, and the Italian Judiciary*, cit., 555-556.

²⁹⁶ È bene avvertire che il principio di *concentration (des moyens)* in diritto processuale francese ha riguardo a tutt'altra materia: in particolare, «*l'obligation de concentration des moyens fait obstacle à ce que soit introduite une nouvelle action tendant aux mêmes fins, peu important que soit invoqué un fondement juridique différent dès lors qu'il y a identité d'objet de la demande*» (Cass., 2ème civ. 12 juillet 2012, n°11-20.587, inedita); in quest'accezione, esso si accosta, quindi, al principio di eventualità (su cui v. CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 9).

Il principio di *concentration (des demandes)* – previsto, limitatamente alla materia successoria, dall'art. 1374 CPC, ma rigettato quale principio generale dalla giurisprudenza (cfr. BOUTY, Cédric, *Chose jugée*, in *Rep. proc. civ.*, 2018, nn° 590-591) – invece, trova il proprio parallelo nell'infrazionabilità della domanda giudiziale, sulla cui evoluzione v. Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giur. it.*, 2001, 1143, con nota di CARRATTA, Antonio; Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di PALMIERI, Alessandro - PARDOLESI, Roberto; in *Giur. it.*, 2008, 929, con nota di RONCO, Alberto; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1435, con nota di GOZZI, Matteo; Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Corr. giur.*, 2017, 975, con nota di ASPRELLA, Cristina; in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1302, con nota di GHIRGA, Maria F.; in *Giusto proc. civ.*, 2018, 153, con nota di GIACOMELLI, Marco V. anche BOVE, Mauro, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, 99 ss.

²⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 684.

²⁹⁸ *Ibid.*, 683.

giudice, tanto minore è il pericolo che l'impressione riportata da questo si cancelli e che la memoria lo inganni; e tanto più è facile mantenere l'identità fisica del giudice»²⁹⁹.

6.3. Il problema della valutazione della qualità del prodotto finale

Indicata quella che appare una possibile via per un incremento quantitativo dell'offerta di giustizia a parità di risorse e di regole processuali, resta irrisolto il problema della verifica della qualità.

In effetti, benché si sia affermato che, pur non potendo «rimanere estranea alla rendicontazione dei prodotti forniti», «l'attività giurisdizionale [...] sfugg[e], ovviamente per sua natura, a qualsiasi valutazione di merito»³⁰⁰, i due profili non paiono seriamente scindibili: la fissazione di soglie quantitative di produzione e la verifica del loro attingimento ha un senso in relazione ad *outputs* standardizzati, o comunque suscettibili di valutazione qualitativa sulla base di criteri oggettivi; ne ha molto meno in relazione ad un prodotto che, per antonomasia, deve rispondere a *giustizia* per essere *di qualità*. E, se è vero che il concetto di decisione giusta³⁰¹ non è certo di quelli che registrano unanimità di vedute, non stupisce che una ricerca svolta dall'IRJS³⁰² abbia rivelato l'estrema eterogeneità di opinioni, tra gli operatori, quanto alla definizione di «qualità» e alle strategie necessarie per raggiungerla³⁰³. In effetti, sotto quest'ultimo profilo, se l'indicazione ricorrente della necessità di motivazioni meglio redatte, di un'uniformità della giurisprudenza (da raggiungersi, in materie tecniche, anche tramite la fissazione di *barèmes* che paiono evocare le Tabelle di Milano), di un ristabilimento della collegialità (anche in forma virtuale), di una maggiore specializzazione e di uno sgravio, per i magistrati, dalle funzioni amministrative³⁰⁴ sembra infrangersi contro la constatazione che gli stessi indicatori di qualità non possono essere apprezzati che sotto

²⁹⁹ *Ibid.*, 684. Il modello sequenziale, infatti, consente di arginare anche le rilevanti (e dannose) conseguenze del trasferimento del giudice incaricato della causa: cfr. GUERRA, Alice - TAGLIAPIETRA, Claudio, *Giudici con la valigia. Quanto costa il trasferimento dei magistrati alla giustizia italiana*, Ariccia, 2016.

³⁰⁰ *Introduzione*, in ORGANISMO INDIPENDENTE DI VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE, *Sistema di misurazione e valutazione della performance*, cit.

³⁰¹ V., in proposito, i rilievi di TARUFFO, Michele, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 315 ss.

³⁰² *Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*.

³⁰³ JEULAND, Emmanuel - BOILLOT, Christine, *La qualité dans la performance judiciaire*, cit., 23 ss.

³⁰⁴ *Ibid.*, 42 ss.

un profilo quantitativo³⁰⁵, il riferimento alle certificazioni ISO pare dimenticare che «*ISO 9001 defines the requirements for an organization's quality management system, not for its products. Accredited certification to ISO 9001 should provide confidence in the organization's ability to "consistently provide product that meets customer and applicable statutory and regulatory requirements". It does not necessarily ensure that the organization will always achieve 100% product conformity, though this should of course be a permanent goal. [...] ISO 9001 accredited certification does not imply that the organization is providing a superior product, or that the product itself is certified as meeting the requirements of an ISO (or any other) standard or specification*»³⁰⁶.

Quando, poi, la «qualità» sia intesa come «correttezza della decisione» – se non in fatto³⁰⁷, almeno – in diritto, è ricorrente l'idea che un utile strumento di valutazione possa essere rappresentato dal tasso di riforma delle pronunce.

Il criterio, se può in qualche misura rivelarsi utile, sembra comunque insufficiente: anche in dottrina, gli stessi fautori dell'utilizzo di tale indice sono costretti a riconoscere il dato (ovvio) che esso è influenzato, a monte, dal tasso di impugnazione, il quale, a propria volta, dipende da una pluralità di fattori, non necessariamente riconducibili alla scarsa qualità della sentenza³⁰⁸. Ed anzi, può ritenersi che i dati raccolti sulla base di tale indicatore provino troppo e troppo poco: infatti, da un lato, non tutti i sovvertimenti nei gradi successivi

³⁰⁵ Così, se ben s'intende, JEULAND, Emmanuel - BOILLOT, Christine, *La qualité dans la performance judiciaire*, cit., 20.

³⁰⁶ ISO - IAF, *Communiqué. Expected Outcomes for Accredited Certification to ISO 9001*, 2009, 2, consultabile su www.iso.org.

³⁰⁷ Posto che in un sistema che – come qualunque altro che preveda ostacoli alla piena conoscenza dei fatti da parte del giudice – certamente non persegue l'accertamento della c.d. verità materiale (di cui, in realtà, non sembra abbia luogo a parlarsi: cfr. CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Milano, 1992, 27 ss.), appare certo inesigibile dal giudice di grado superiore, *comunque* sia strutturato il procedimento, di riuscire laddove non ha *materialmente* potuto quello di primo grado.

³⁰⁸ A posizioni traslate, si tratta grosso modo degli stessi elementi che, in primo grado, incidono sulla domanda di giustizia: costo (del tempo e della procedura), calcolo di convenienza rispetto a soluzioni alternative, tasso di litigiosità e propensione al rischio.

Gli stessi autori del modello sequenziale, come visto *retro*, § 6.2.1, pur valorizzando il dato della diminuzione della percentuale di impugnazione delle decisioni rese dal gruppo trattato, riconoscono che «*the appeal rate is at best an imperfect proxy for the quality of judicial decisions, since the decision to appeal a sentence depends on a variety of factors including especially the type of trial in question*» (cfr. COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *The inefficiency of worker time use*, cit., 923). Ciononostante, comparare l'*appeal rate ante* e *post* trattamento può avere in tal caso un senso, in quanto consente di stimare le eventuali conseguenze di una misura specifica quale l'implementazione del modello sequenziale; ne ha, invece, molto meno quando la stima sia utilizzata in termini assoluti, per valutare una *generica qualità* dell'attività giurisdizionale.

al primo trovano la propria fonte in *errores in iudicando* e, dall'altro, il parametro utilizzato finisce per sottrarre al controllo qualitativo il giudice di ultima istanza³⁰⁹. Inoltre, e ancora una volta, lo stesso dato assume diverso valore in base allo scopo dell'analisi: «*l'infirmité d'un jugement*», infatti, da un certo punto di vista «*peut être interprétée comme le signe d'une justice intègre, imperméable à l'esprit de corps, qui sait à la fois apprécier des faits nouveaux et reconnaître ses erreurs*»; eppure, è essa stessa «*le signe de l'existence de telles erreurs, lorsque l'infirmité ne provient pas de faits nouveaux*»³¹⁰.

Se tali notazioni appaiono già sufficienti a sollevare perplessità sulla funzionalità di un simile parametro, deve poi aggiungersi un ulteriore rilievo. Considerare la riforma della pronuncia quale indice di scarsa qualità della stessa presuppone l'idea che, nel grado di impugnazione, il giudizio sia affidato ad un organo più qualificato e/o si svolga sulla base di un procedimento che assicuri almeno lo stesso (se non un maggior) grado di approfondimento. Ora, se in Francia il giudice di seconde cure (invariabilmente la *Cour d'appel*) è *talora* giuridicamente più qualificato rispetto a quello di prime cure (quando quest'ultimo sia una *jurisdiction d'exception*), il carattere aperto dell'appello – nel quale sono ammessi «*moyens nouveaux*», «*nouvelles pièces*» e «*nouvelles preuves*»³¹¹ – ha immediatamente reso evidente che «*la confirmation d'un jugement par une cour d'appel n'[est] pas un indicateur [de qualité] pertinent puisque le débat devant la cour se fait souvent sur des éléments différents*»³¹².

Viceversa, è quasi superfluo notare che – in Italia – i criteri di progressione della carriera dei magistrati, da un lato, e le regole che sottendono allo svolgimento del giudizio d'appello e di cassazione, dall'altro, impediscono di ritenere integrate le premesse svolte.

In effetti, un tempo – quando ancora l'appello era qualificabile come *novum iudicium*, e differiva davvero dal giudizio di legittimità, inteso come mezzo di impugnativa della sentenza³¹³ – il discorso avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) essere diverso per le due

³⁰⁹ BREEN, Emmanuel, *Les indicateurs de performance de la justice*, cit., 39-40.

³¹⁰ CHANTREL, Étienne - GIRAUD, Raphaël - GUIBAUD, Stéphane, *Quelques pistes d'analyse économique*, in BREEN, Emmanuel (a cura di), *Évaluer la justice*, cit., 253.

³¹¹ Art. 563 CPC, non interessato dalla riforma di cui al *décret n°2017-891 du 6 mai 2017*, che ha invece modificato l'art. 561 CPC, operando una stretta all'effetto devolutivo dell'appello: cfr. D'AMBRA, Dominique, *Droit et pratique de l'appel*³, Paris 2018, 113 ss.

³¹² MARSHALL, Didier, *L'impact de la loi organique*, cit., 124.

³¹³ Secondo l'insegnamento di CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*, II, cit., *passim*.

impugnazioni. Tuttavia, se a ridosso della riforma dell'articolo 342 c.p.c.³¹⁴ è sorto il dubbio che «l'intenzione del legislatore italiano [fosse] quella di trasformare l'appello, da rimedio contro l'ingiustizia della sentenza, in impugnazione intesa a rimediare agli errori del primo giudice»³¹⁵, più di recente il dubbio si è trasformato in «un doloroso *De profundis* del giudizio di secondo grado»³¹⁶; ma, se così è, il controllo del giudice di seconde cure finisce per riguardare, al più, la *giustizia procedurale* del giudizio di primo grado, e non la qualità della pronuncia³¹⁷.

Inoltre, se «il legislatore del 2012 ha costruito il giudizio di appello come mezzo di controllo dell'operato del giudice, per evitare decisioni arbitrarie, piuttosto che come rimedio per evitare ingiustizie», l'introduzione del sistema della doppia conforme (art. 348-ter, commi 4 e 5, c.p.c.) comporta che «il giudizio di cassazione neppure è più idoneo a consentire un controllo da parte di un giudice superiore sull'operato del giudice di appello. Di conseguenza, se quest'ultimo per sciatteria, per inconsapevole errore o per altra [...] ragione si è adagiato sulla ricostruzione storica della vicenda operata dal primo giudice e neppure ne ha controllato la sufficienza e correttezza del discorso ricostruttivo o, peggio ancora, se ha confermato la prima decisione con una motivazione “quale che sia”, non solo non sarà possibile per l'utente di richiedere alla Corte di cassazione di porre riparo all'ingiustizia, ma la stessa Corte di cassazione non avrà il potere di controllare l'operato del giudice subordinato»³¹⁸.

Alla luce di tali rilievi, più interessante appare l'indicatore identificato dal Rapporto al Senato francese, che misura la qualità in base al «*[t]aux de requêtes en interprétation, en rectification d'erreurs matérielles et en omission de statuer*»³¹⁹, trattandosi di istanze rivolte allo stesso giudice che ha emesso la decisione. Peraltro, posto che tale parametro è evidentemente applicabile nei soli Paesi che conoscono i relativi istituti – e così chiaramente

³¹⁴ Ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni con l. 7 agosto 2012, n. 134.

³¹⁵ VERDE, Giovanni, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, cit., 507

³¹⁶ HENKE, Albert, *Tramonto del novum iudicium (a proposito de L'appello civile di Alberto Tedoldi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 754.

³¹⁷ Salvo ad intendere quest'ultima à la Rawls (cfr. RAWLS, John., *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971, *passim*), per una critica alla quale v. TARUFFO, Michele, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., 111 ss.

³¹⁸ *Ibid.*, 523-524.

³¹⁹ DU LUART, Roland, *Rapport d'information*, cit., 64.

non è, con riferimento all'Italia, per l'interpretazione della sentenza, conosciuta invece dalla Francia³²⁰ e dalla Germania³²¹ –, i rilievi già espressi quanto all'ancoraggio del parametro alla *domanda* sembrerebbero consigliare piuttosto un riferimento all'*accoglimento* delle istanze. Inoltre, anche con tale correttivo, il criterio appare insufficiente, dal momento che la motivazione poco comprensibile, la svista del giudice e l'omissione di pronuncia, se ne rappresentano le manifestazioni più palesi, non esauriscono di certo il catalogo dei vizi che attentano alla qualità del prodotto di giustizia.

In assenza di idonei strumenti di controllo qualitativo, allora, appare davvero concreto il rischio che, dinanzi all'obiettivo di perseguire «le 3 “E” – economia, efficienza ed efficacia» – le prime due (più agevoli da raggiungere e da misurare) vengano privilegiate a scapito della terza, l'unica che prende in considerazione la correlazione tra *outputs* e *outcomes*³²²; e che l'adesione all'idea che «il carico esigibile rappresenta la “capacità di lavoro” dei magistrati che fisiologicamente consenta di coniugare qualità e quantità del lavoro in un dato periodo di tempo, da individuarsi alla luce della concreta situazione dell'ufficio»³²³ resti solo un atto di fede.

Ciononostante, qualche spiraglio sembra aperto – magari indirettamente – da altre misure (già) adottate dal lato dell'offerta.

7. La redistribuzione del capitale umano: «giudice unico» e revisione della geografia giudiziaria

La migliore gestione dell'esistente, infatti, passa anche per la revisione e la consolidazione delle sedi giudiziarie: una tendenza, questa, che negli ultimi anni è dato riscontrare nella maggioranza dei Paesi europei. Ciononostante, proprio in tale campo sembra necessario evitare generalizzazioni, posto che le riforme, pur cronologicamente

³²⁰ BOCCAGNA, Salvatore, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli, 2017, 238 ss.

³²¹ *Ibid.*, 219 ss.

³²² SPIGELMAN, James J., *The 'New Public Management' And The Courts*, cit., 17 ss.

³²³ CSM, *Nuova circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili prevista dall'art. 37 D.L. 98/2011 (Circolare n. P – n. 22890 del 9 dicembre 2016 – Delibera del 7 dicembre 2016)*, disponibile su www.csm.it, 3.

parallele, evidenziano modalità di attuazione e risultati estremamente variegati, chiaramente influenzati dai particolarismi locali, dalle condizioni di partenza e – ancora una volta – dal grado di adesione alle politiche di NPM.

Viceversa, gli obiettivi appaiono comuni, sicché sembra piuttosto riduttivo dividere gli Stati europei in due blocchi, dei quali il primo (costituito essenzialmente dai Paesi del nord) avrebbe mirato all'incremento della qualità del servizio, mentre nel secondo «*it [was] expected that, besides higher quality, cost reductions [could] be reached by closing underused and sometimes even run-down courts, and shifting the cases to nearby courts*»³²⁴. In realtà, il risparmio concreto non si traduce (o, almeno, non dovrebbe tradursi³²⁵) tanto nell'abbattimento dei costi fissi derivante dalla soppressione degli uffici, quanto dall'utilizzo ottimale delle singole strutture. Il diffuso fenomeno di invecchiamento della geografia giudiziaria, con la conseguente distribuzione degli uffici non più adeguata a quella della popolazione, si era infatti tradotto un po' ovunque in un aumento del *backlog* delle Corti sovraffollate, a fronte di altre che, se da un lato apparivano sottoutilizzate, dall'altro incontravano difficoltà nel sopperire a temporanee vacanze di organico (giudicante e amministrativo) e nel fronteggiare il contenzioso specializzato³²⁶.

Queste ultime considerazioni sono certo comuni anche alla Francia e all'Italia, dove, in aggiunta, le riforme sembrano particolarmente legate alla vicenda della monocratizzazione dell'organo giudicante.

Il rapporto tra i due fenomeni è meno evidente in Francia, dove l'istituzione e diffusione del *juge unique* e la revisione della *carte judiciaire* sono identificabili come eventi distinti, anche sul piano cronologico. Entrambi, tuttavia, sono apparsi alla dottrina locale come traumatici, in quanto contrastanti con scelte risalenti (sebbene ancorate ad una certa visione – diffidente – della magistratura), sacrificate sull'altare dell'efficienza; e, alla luce di quanto si dirà *infra*, sembra significativo notare che il Ministro della giustizia francese, in

³²⁴ VAN DIJK, Frans - DUMBRAVA, Horatius, *Judiciary In Times Of Scarcity: Retrenchment And Reform*, in *Int. J. Court Adm.*, 2013, 6

³²⁵ Ma si veda *infra*, per il caso della Francia.

³²⁶ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Etude comparée des réformes des cartes judiciaires en Europe*, 2012, disponibile su <https://rm.coe.int>, 6 ss.

occasione della revisione della geografia giudiziaria, abbia notato che «*un tribunal de taille suffisante, c'est une collégialité retrouvée*»³²⁷.

Invero, se un riassetto degli uffici era apparso in tempi recenti indispensabile³²⁸, stante l'estrema frammentazione delle varie *juridictions*, quest'ultima era certo frutto di una storia fortemente colorata di ideologie. La capillare distribuzione secondo i distretti, approntata nel periodo immediatamente post-rivoluzionario, infatti, era stata guidata da un duplice ordine di ragioni: da un lato, l'ideale di *justice de proximité* di Mirabeau, che si concretizzava nell'obiettivo che «*un justiciable puisse se rendre au chef-lieu judiciaire, voir son affaire jugée et revenir chez lui, l'ensemble en une seule journée*»; dall'altro, la sfiducia nei confronti del ceto magistratuale, al quale appariva necessario impedire ogni possibilità di coalizione, mediante la creazione di uffici di piccole dimensioni³²⁹.

Nel corso degli anni, l'unità di riferimento è mutata varie volte (il dipartimento, l'*arrondissement*, ancora il dipartimento), ma restando sempre ancorata alla ripartizione amministrativa del territorio, viceversa respingendosi ogni proposta di adozione di criteri di ripartizione alternativi (e ricollegati alla popolazione, al contenzioso reale, alle specificità dell'economia)³³⁰; e, tirando un bilancio di due secoli di storia, «*malgré de nombreuses velléités, seules deux réformes "jacobines" ont été menées jusqu'au bout, l'une annihilée une année plus tard, celle de Raymond Poincaré en 1926, l'autre réussie dans des circonstances exceptionnelles, celle de Michel Debré en 1958. Depuis, à une volonté incantatoire cyclique de réformes, n'a correspondu qu'une réforme parcellaire des tribunaux de commerce*»³³¹.

Sotto altro profilo, sono a lungo stati, ancora una volta, «*la crainte de l'arbitraire et l'idéal révolutionnaire, qui confinerait l'autorité judiciaire à la seule et stricte application de la loi*»³³² – condensati nel celebre adagio «*juge unique, juge inique*» – a rendere naturale

³²⁷ *Ibid.*, 13.

³²⁸ Cfr. GUINCHARD, Serge, *Les solutions d'organisation procédurale*, in COULON, Jean-Marie - FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Le temps dans la procédure*, cit., 52-53.

³²⁹ CHAUVAUD, Frédéric, *La carte judiciaire dans tous ses états. De la Révolution aux années « 1930 »*, in CADIET, Loïc - RICHER, Laurent (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, 2003, 226.

³³⁰ *Ibid.*, 228 ss.

³³¹ JEAN, Jean-Paul., *La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux*, in CADIET, Loïc, - RICHER, Laurent (dir.), *Réforme de la justice*, cit., 258.

³³² BRAEN, André, *Collegialité et Juge Unique*, in *Rev. gén. droit*, 2011, 296.

la collegialità. Eppure, sin dagli anni '70 si è registrata una progressiva sostituzione del collegio con l'organo monocratico³³³, benché, almeno inizialmente, nell'assenza di un disegno coerente, posto che le varie figure di giudice unico, all'epoca, si differenziavano enormemente quanto a modalità d'istituzione, autonomia e regime giuridico (sotto il profilo della facoltatività o obbligatorietà)³³⁴. La tendenza – che certo rispondeva, nelle intenzioni, ad un'esigenza anche pratica, posto che «*on comptait en 1997 le même nombre de magistrats qu'en... 1867, alors que la population a doublé*»³³⁵ – non è stata ostacolata né dall'opposizione della dottrina (che, pur non mancando di ricordare a più riprese i rischi del giudice unico, sia sotto il profilo dell'imparzialità ed indipendenza, sia sotto quello della ponderatezza e correttezza della decisione³³⁶, si è via via rassegnata³³⁷), né dalla declaratoria di illegittimità costituzionale³³⁸ degli artt. 398 e 398-1 CPP³³⁹: il *Conseil constitutionnel*, nell'occasione, non ha infatti ritenuto incostituzionale la monocraticità in sé, ma la piena discrezionalità che la riforma riconosceva al presidente del Tribunale, libero di valutare – di volta in volta e, dunque, anche in maniera diversa in relazione a fattispecie identiche – se assegnare la causa al collegio o al giudice unico. Anzi, il silenzio del *Conseil* sul punto –

³³³ VINCENT, Jean, *Les juges uniques dans le droit judiciaire français contemporain*, in AA.VV., *Études offertes à Jacques Lambert*, Paris, 1975, 581 ss.

³³⁴ PERROT, Roger, *Le juge unique en droit français*, cit., 660-661; l'a., in linea con le premesse che si sono già svolte ad inizio paragrafo, considera che «[l]a Révolution française nous a légué la crainte de l'absolutisme et de l'arbitraire qui, d'instinct, nous fait préférer la décision qui est l'œuvre de plusieurs à la volonté discrétionnaire d'un seul. [...] Or, en ce XX^e siècle finissant — qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore — de toute évidence le pouvoir se personnalise. [...] Il ne faudrait certes pas déduire de cette observation que là est la seule cause de la préférence marquée du législateur moderne pour le juge unique. Mais disons que cette évolution des idées a créé peu à peu un terrain propice de nature à favoriser l'unicité du juge et à n'y plus voir en tout cas un objet de surprise».

V. anche JOMMI, Alessandro, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, 113 ss. (testo e note).

³³⁵ SAINATI, Gilles, *Vers une justice managériale ?*, cit., 130.

³³⁶ PARISI, Claudio, *L'extension du système de juge unique en Europe*, in *RIDC.*, 2007, 647 ss. Considerazioni analoghe, del resto, sono state espresse anche dalla dottrina italiana: v., ad esempio, VOCINO, Corrado, «*Du côté*» del disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 206.

³³⁷ COHENDET, Marie-Anne, *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ?*, in *Rev. fr. dr. const.*, 2006, 713 ss.

³³⁸ *Cons. const.*, 23 juillet 1975, n° 75-56 DC, in *Foro it.*, 1976, 95 ss. con nota di ROMBOLI, Roberto, *Composizione del giudice e principi costituzionali*.

³³⁹ Nel testo risultante dall'art. 6, *Loi du 28 juin 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*.

reiterato a distanza di vent'anni³⁴⁰ – sembra dare ragione a chi conclude che «*le principe de collégialité n'a pas valeur constitutionnelle*»³⁴¹.

Così, nel settore civile, sopravvivono dai tempi del NCPC le previsioni di cui agli artt. 801, *alinéa* 2, e 804, *alinéa* 1, relative al TGI, che consentono al presidente di attribuire la causa al *juge unique*, ma a condizione che *alcuna* delle parti richieda il rinvio alla formazione collegiale entro 15 giorni. Del resto, il principio del giudice naturale non è sancito, in Francia, da una norma di rango costituzionale³⁴² – il che si riflette tutt'ora nelle pratiche, peraltro estremamente eterogenee, di distribuzione interna degli affari³⁴³ –; sicché, se la citata pronuncia del *Conseil constitutionnel* si è appuntata (tra l'altro) sulla violazione del principio di uguaglianza, la stessa *ratio decidendi* non è applicabile alla previsione *de qua*, stante il potere riconosciuto alle parti dall'art. 804, *alinéa* 1. Né ad opposta conclusione potrebbe giungersi con riferimento alla seconda argomentazione spesa dal Giudice delle leggi (la violazione della riserva di legge, *ex art.* 34 Const.), essendo quest'ultima limitata alla sola procedura penale.

Nel tempo³⁴⁴, la figura è stata generalizzata, salve le giurisdizioni strutturalmente inidonee ad essere composte da un solo giudicante (è il caso del *tribunal de commerce*³⁴⁵ e del *conseil de prud'hommes*³⁴⁶); e, nonostante qualche ripensamento³⁴⁷, la scelta è stata

³⁴⁰ *Cons. const.*, 2 février 1995, n° 95-360 DC, nella quale, posto che «*il appartient au Conseil constitutionnel de relever toute disposition de la loi déferée qui méconnaîtrait des règles ou principes de valeur constitutionnelle*», la mancata considerazione delle disposizioni relative al *juge unique* contenute nella legge scrutinata (*Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, approvata il successivo 8 febbraio) rappresenta un indiretto avallo delle stesse.

³⁴¹ RENOUX, Thierry S., *Le Conseil Constitutionnel et la collégialité*, in BOLZE, Christian - PEDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, 1996, 115.

³⁴² Come osserva ROMBOLI, Roberto, *Composizione del giudice e principi costituzionali*, 101.

³⁴³ JEULAND, Emmanuel, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire*, in RFAP, 2008, 33 ss.

³⁴⁴ *Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*

³⁴⁵ Che, peraltro, conosce diverse figure di giudice *statuant seul*: cfr. SAUDEAU, Robert, *Variétés : Le juge unique en matière commerciale. Introduction : Le déclin de la collégialité, ses causes et ses conséquences*, in *Rev. jur. de l'Ouest*, 1994, 289 ss.

³⁴⁶ Del resto, essendo sia i *juges consulaires* che i *conseillers prud'hommes* dei *bénévoles*, da una diversa composizione, quand'anche fosse possibile, non deriverebbe alcun beneficio per le casse statali; sul *Tribunal de commerce* e sul *Conseil de prod'hommes* v. il Capitolo IV.

³⁴⁷ *Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale*

confermata, prevalentemente in virtù di considerazioni economiche³⁴⁸, ma non solo: basti pensare ai problemi organizzativi derivanti dall'incompatibilità – sancita dalla *Cour de cassation*³⁴⁹ – tra giudice del *référé* e giudice *statuant au fond*, tutte le volte in cui il Tribunale non raggiungesse dimensioni tali da consentire la creazione di una camera specializzata³⁵⁰.

Problema analogo, del resto, si è registrato in Italia, ove le due vicende di cui si discute appaiono sin dall'inizio intimamente connesse: qui, infatti, «una completa revisione delle circoscrizioni giudiziarie» era già stata auspicata dalla Consulta ben prima che la riorganizzazione diventasse un *Leitmotiv* nel panorama europeo. Negli anni in cui si andava delineando e consolidando la sua giurisprudenza in materia di incompatibilità, infatti, la Corte aveva manifestato la consapevolezza che i propri *dicta* avrebbero potuto «comportare, negli uffici di minori dimensioni, difficoltà di carattere organizzativo»³⁵¹, essendo difficile contemperare – nei Tribunali sottodimensionati – la regola della collegialità dell'organo giudicante con il divieto di *bis in idem* in relazione alla medesima persona fisica; tuttavia, la necessità di preservare la propria «funzione di garanzia, quando se ne richieda l'intervento in presenza di norme costituzionalmente illegittime», la aveva spinta ad indirizzare, a più riprese «un pressante invito agli organi competenti affinché pon[essero] mano con urgenza a quegli interventi e a quelle riforme che gli indisponibili principi della Costituzione richiedono in ordine al buon funzionamento della giurisdizione penale»³⁵².

³⁴⁸ Per un approfondimento, v. COHENDET Marie-Anne, *La collégialité des juridictions*, cit., 713 ss.; LE BARS, Thierry, *Juge unique/Collegialité*, in CADIET, Loïc (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004, 683 ss.

Le stesse ragioni asseritamente efficientistiche sono state addotte quale giustificazione dell'introduzione del giudice unico in Italia (su cui si veda *infra*); per una smentita, v. BATTAGLIA, Viviana, *Effetti dell'introduzione del giudice unico*, cit., 1081. Peraltro, se con il giudizio di "inutilità" espresso dall'A. si concorda, non può dirsi lo stesso per quello di "nocività"; così come con riferimento all'analisi che la stessa compie in BATTAGLIA, Viviana, *La «litigiosità» degli italiani è la vera causa del dissesto della giustizia civile?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 517 ss.: notare che, a fronte della (lieve) diminuzione della domanda di giustizia sia seguito un aumento del numero dei carichi pendenti non dice nulla sul tasso di litigiosità, che è (per la definizione stessa di tasso) una cifra relazionale, non assoluta.

³⁴⁹ Cass., 6 novembre 1998, *Bord Na Mona*, JCP, 1999, II, 10198, report SARGOS, Pierre; in *RTD civ.*, 1999, 183, obs. NORMAND, Jacques.

³⁵⁰ JEULAND, Emmanuel, *Le droit au juge naturel*, cit., 40.

³⁵¹ C. cost., 26 ottobre 1990, n. 496, in *Foro it.*, 1991, I, 719; in *Giur. cost.*, 1990, 2887.

³⁵² C. cost., 24 marzo 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 1489, con nota di DI CHIARA, Giuseppe; ivi, 2636, con nota di CASTELLI, Claudio; in *Corr. giur.*, 1996, 619, con nota di SPANGHER, Giorgio.

Così, una prima riorganizzazione delle circoscrizioni giudiziarie ha avuto luogo contemporaneamente alla c.d. «istituzione del giudice unico di primo grado», cui era intitolato d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51, il quale però, a dispetto del nome, non ha introdotto né «il giudice unico nei tribunali, giacché questi già esisteva e operava dal 30 aprile 1995» – ed anzi, il giudice monocratico aveva già fatto la propria comparsa nel 1912³⁵³, ma la riforma, vista l’ostilità generalizzata con cui fu accolta, ebbe vita breve³⁵⁴, venendo abrogata nel giro di soli due anni³⁵⁵ –, né «l'unico giudice di primo grado, avendo mantenuto il giudice di pace accanto al tribunale»³⁵⁶. In effetti, benché avvertito – sin dall’avvento della monocratizzazione generalizzata – dei riflessi di tale scelta in punto di ampliamento dell’ambito di possibile operatività dell’art. 106, comma 2°, Cost. e, conseguentemente, di alterazione dei rapporti tra regola (art. 102, comma 1°, Cost.) e (quella che per disegno costituzionale avrebbe dovuto essere la) eccezione³⁵⁷, il legislatore della riforma³⁵⁸ ha ritenuto – probabilmente a torto³⁵⁹ – di muoversi in uno spazio di indifferenza costituzionale³⁶⁰; ma, sulla base di tali premesse, una volta compiuta «la scelta della l. n. 353 del 1990 di generalizzare, con poche eccezioni³⁶¹, il modulo decisorio unipersonale nei

³⁵³ Cfr. l. 19 dicembre 1912, n. 1311 e r.d. 27 agosto 1913, n. 1015.

³⁵⁴ ZANUTTIGH, Lorian, *Il giudice unico nella riforma del 1912*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 688 ss.; CIPRIANI, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, 173 ss.; TARUFFO, Michele, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, 174 ss.

³⁵⁵ Cfr. l. 17 dicembre 1914, n. 1404.

³⁵⁶ TARZIA, Giuseppe, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 622.

³⁵⁷ VERDE, Giovanni, *Giudice monocratico e collegiale (divagazioni su Costituzione e processo)*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 962 ss.

Benché si concordi con tali rilievi, va notato che la conservazione della collegialità sarebbe verosimilmente rimasta solo apparente, dato il ruolo già riconosciuto al giudice istruttore; del resto, anche in Francia, «[e]n 1810, le juge d'instruction avait reçu le droit de rassembler seul les éléments de preuve mais il devait s'adjoindre deux assesseurs pour prendre les décisions juridictionnelles. Cette solution fut abandonnée en 1856 sur la constatation de l'ascendant qu'exerçait sur ses assesseurs un juge d'instruction en pleine possession de son dossier»: cfr. RASSAT, Michèle-Laure, *La justice en France*, Paris, 2007, 12.

³⁵⁸ Per una dettagliata ricostruzione delle problematiche allo studio durante l’elaborazione della riforma, si veda CASTELLI, Claudio, *Un’ottica diversa per le risorse della giustizia: giudice unico e sua ripartizione sul territorio*, in *Foro it.*, 1996, I, 2631 ss. (nota a C. Cost., 31 maggio 1996, n. 177).

³⁵⁹ AULETTA, Ferruccio, *Sulle possibili implicazioni costituzionali della composizione del Tribunale civile e dell'articolazione in sede e sezioni (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1080 ss.

³⁶⁰ Impresione forse rafforzata dalla stessa Consulta: cfr. C. cost., 28 gennaio 2005, nn. 52 e 53, in *Foro it.*, 2005, I, 613 -614; *Giur. cost.*, 2005, 505 e 511.

³⁶¹ Ritoccate in occasione del decreto di cui trattasi, in maniera che non è andata esente da rilievi più o meno critici della dottrina: cfr. TARZIA, Giuseppe, *L'istituzione del giudice unico di primo grado*, cit.,

tribunali, la distinzione tra competenza del tribunale e competenza del pretore finiva con il perdere ogni sostanziale ragion d'essere»³⁶².

Ciò spiega i rilievi di Marchesi³⁶³, che sottolinea come, con riferimento al contenzioso civile e dal punto di vista dell'ottimizzazione dell'utilizzo dell'organico, nulla sia cambiato per le cause prima devolute alle preture (già trattate e decise in forma monocratica) e poco per quelle di competenza del Tribunale, ove la trattazione era già affidata al giudice istruttore. Se, quindi, «[p]er tale settore [...] la riforma non è stata particolarmente incisiva sul fronte del recupero di risorse», essa ha spiegato maggiori effetti nell'ambito «della tendenza ad aumentare la scala degli uffici giudiziari attraverso l'assorbimento delle preture nei tribunali», che «ha portato con sé sia il personale – togato e amministrativo – che i fascicoli pendenti», essendosi dimostrato che «un importante elemento di inefficienza dell'offerta di giustizia in Italia risied[e] nell'esistenza, nell'attività degli uffici giudiziari, di economie di scala non sfruttate. La produttività del magistrato infatti risulta esser fortemente condizionata dalla dimensione dell'ufficio giudiziario in cui opera³⁶⁴. La principale motivazione di questa relazione risiede nella possibilità offerta dalle sedi di maggior dimensione di sfruttare le economie di specializzazione nell'attività dei magistrati»³⁶⁵.

Su considerazioni analoghe, del resto, si sono fondati, negli anni successivi, gli appelli rivolti ad una nuova revisione della geografia giudiziaria³⁶⁶, infine operata nel 2012,

³⁶² CONSOLO, Claudio, *L'avvento del giudice unico fra riorganizzazione e timidezze*, in *Corr. giur.*, 1998, 253; così anche GRASSO, Eduardo, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 650.

³⁶³ MARCHESI, Daniela, *Litiganti, avvocati e magistrati: diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003, 44-45

³⁶⁴ L'assunto è confermato dall'analisi di MARSELLI, Riccardo - VANNINI, Marco E.C., *L'efficienza tecnica dei distretti di corte d'appello italiani*, cit., 1 ss.

³⁶⁵ Con tecnica diversa, il risultato è stato perseguito e raggiunto anche in Francia, dove molte delle figure di *juge unique* sono nate proprio in quanto specializzate, per funzione – si pensi al *juge des référés*: cfr. NORMAND, Jacques, *Le juge unique et l'urgence*, in BOLZE, Christian - PÉDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, 1996, 23 ss. – o per materia (come il *juge aux affaires familiales*, su cui v. GRIDEL, Jean-Pierre, *Le juge aux affaires familiales*, ivi, 53 ss. Ad ogni modo, CADIET, Loïc, *Le juge unique en question*, ivi, 12-17, evidenzia i limiti dell'equazione monocraticità = specializzazione, così come quella per cui monocraticità = celerità.

³⁶⁶ Cfr., *ex multis*, VIETTI, Michele, *Giustizia civile efficiente e competitività*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, cit., 66; MAMMONE, Giovanni, *Domanda di giustizia e risorse umane*, ivi, 70-71.

anche tenendo conto di quella *medio tempore* intervenuta in Francia³⁶⁷; e, benché in entrambi i Paesi, nella sua concreta attuazione, la riforma non sia andata esente da critiche³⁶⁸ e denunce di incostituzionalità (comunque respinte³⁶⁹) il bilancio è stato globalmente positivo, sebbene, si direbbe, più nel nostro Paese che Oltralpe.

Infatti, se la *Cour des comptes* francese si è espressa favorevolmente sugli effetti della riforma, tanto da auspicarne l'estensione anche alle Corti d'appello (e, in prospettiva, ai *tribunaux de commerce*)³⁷⁰, è interessante notare come la valutazione positiva riguardi soprattutto i risparmi di spesa conseguenti al reimpiego delle strutture fisiche; la concentrazione, invece, sembra essere stata talvolta eccessiva, come dimostrano emblematicamente il caso del *Tribunal d'instance* di Bordeaux – che, già caratterizzato da «*le plus fort taux d'activité de France*» ante riforma, ha visto, a seguito dell'accorpamento di altri uffici, calare il proprio tasso di copertura di 7 punti percentuali nel solo triennio 2009-2011³⁷¹ – e, in generale, i rilievi sull'apparizione di *déserts judiciaires*³⁷². Non sembra un caso, allora, che, più cautamente, il Governo, nella proposta del 2018, abbia assicurato che «*[i]l n'y aura aucun schéma de réorganisation territoriale des cours d'appel arrêté au niveau central*», limitandosi a prevedere «*des expérimentations à l'échelon régional pour que des premiers présidents et des procureurs généraux puissent assurer, dans le respect de l'indépendance juridictionnelle, des fonctions d'animation et de coordination pour plusieurs cours d'appel situées dans une même région. De la même manière, certains contentieux civils spécialisés pourraient être regroupés dans une cour d'appel qui traiterait de ce*

³⁶⁷ Cfr. AULETTA, Ferruccio, *La lezione francese sulla revisione della geografia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 165 ss.

³⁶⁸ Cfr., in Italia, COSTANTINO, Giorgio, *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6, 1567 ss.; in Francia, ALLAIN, Emmanuelle, *Le bilan de la réforme de la carte judiciaire. Rapport d'information sur la réforme de la carte judiciaire*, in *Dalloz actualité*, 4 septembre 2012,

³⁶⁹ Cfr., in Italia, C. Cost., 23 luglio 2013, n. 234, e C. Cost., 24 luglio 2013, n. 237, in *Foro it.*, 2013, I, 2673, con nota di richiami ed osservazioni di ROMBOLI, Roberto e di DE SANTIS, Angelo D.; C. Cost., 23 marzo 2016, n. 59, in *Foro it.*, 2016, I, 1526, con nota di richiami; in Francia, cfr. CE, 19 février 2010, n° 322407, con nota di LE BOT, Olivier, *La réforme de la carte judiciaire conforme à la Constitution*, in *Constitutions*, 2010, 423 ss.

³⁷⁰ Cfr. COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*, février 2015, disponibile su www.ccomptes.fr, 57.

³⁷¹ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Etude comparée des réformes des cartes judiciaires en Europe*, cit., 15-16.

³⁷² CHAPPE, Nathalie - OBIDZINSKI, Marie, *Demande en justice et nombre de tribunaux*, in *RJEP*, 2013, 858.

contentieux pour l'ensemble de la région» ; ma con la precisazione che tutto ciò «*devr[a] réposer sur une approche consensuelle au sein des territoires*»³⁷³.

Viceversa, l'analisi empirica svolta con riferimento alla situazione italiana ha subito stimato che la revisione della geografia giudiziaria potesse attingere un risultato globalmente³⁷⁴ efficiente dal punto di vista dalla *performance* dei distretti giudiziari; basti pensare al Tribunale di Napoli, dove, a seguito della riforma e della conseguente «riorganizza[zione del]le sezioni *ratione materiae* [...] la percentuale di casi definiti rispetto ai casi pervenuti delle otto sezioni che trattano cause civili è aumentata dell'11%»³⁷⁵.

Certo, pur qui non si è mancato di rilevare i rischi connessi al «costo sociale»³⁷⁶ dell'intervento, inteso quale maggiore distanza degli uffici rispetto al cittadino.

Tuttavia, tanto il diverso *exploit* della riforma italiana rispetto a quella francese, quanto un ridimensionamento delle preoccupazioni relative all'incremento del costo del «bene giustizia»³⁷⁷, sembrano discendere dalla considerazione comparata dei dati di partenza: basti considerare la seguente tabella, che riporta i dati relativi alla distribuzione uffici giudiziari in alcuni Paesi europei al 2006³⁷⁸.

³⁷³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, cit., 14.

³⁷⁴ FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Measuring Potential Efficiency Gains from Mergers of Italian First Instance Courts through Nonparametric Model*, in *Public Finance Review*, 2016, 1 ss.; IPPOLITI, Roberto, *Efficienza tecnica e geografia giudiziaria*, in *POLIS Working Papers*, 2014, n. 217, 19, nota, peraltro, che «[i]l Nord Ovest, che è la macro area più efficiente, grazie all'accorpamento del 30% dei sui tribunali, migliorerà ulteriormente le performance dei sui distretti mentre il Sud Italia, che è inefficiente e che ha subito un numero minore di accorpamenti degli uffici giudiziari, avrà un miglioramento ridotto dei propri distretti. Questo significa che il gap, in termini di efficienza, tra l'eccellenza (Nord Italia) e le aree in difficoltà (Meridione) nell'offrire il servizio giustizia, non potrà che crescere».

Peraltro, una politica di accorpamento maggiore nel Meridione non appare agevole, viste le specificità che lo caratterizzano: se, infatti, già oggi, alla « maggiore litigiosità [...] corrisponde una quota superiore di risorse assegnate», «la dotazione di risorse del Mezzogiorno risulta inferiore a quella delle altre aree se la si misura in relazione al carico complessivo dei procedimenti civili»: cfr. CARMIGNANI, Amanda - GIACOMELLI, Silvia, *La giustizia civile in Italia: i divari territoriali*, in *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper della Banca d'Italia*, 2009, n. 40, 21. V. anche FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Bottlenecks or Inefficiency?*, cit., 335 e 341 ss.

³⁷⁵ BANCA MONDIALE, *Doing Business in Italia 2013*, Washington, 2013, 43

³⁷⁶ IPPOLITI, Roberto, *Efficienza tecnica e geografia giudiziaria*, cit., 20.

³⁷⁷ *Ibid.*, 23.

³⁷⁸ Si tratta della riproduzione di quella elaborata dalla *commission des lois* del Senato francese, e pubblicata in BORVO COHEN-SEAT, Nicole – DETRAIGNE, Yves, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la réforme de la carte judiciaire*, 11 juillet 2012, disponibile su <http://www.senat.fr>, 13.

Paese	Totale tribunali	Abitanti per tribunale	Copertura geografica (km ² /ufficio)
Austria	149	55.398	563
Belgio	320	32.848	95
Danimarca	30	180.915	1.437
Finlandia	132	39.815	2.564
Francia	900	70.255	703
Germania	1.136	72.569	314
Grecia	435	25.575	303
Irlanda	180	23.379	388
Italia	1.292	45.473	233
Lussemburgo	8	58.636	323
Norvegia	71	65.355	5.425
Olanda	52	314.119	799
Portogallo	326	32.422	282
Regno Unito	664	90.979	366
Spagna	703	62.245	720
Svezia	135	67.020	3.269

Se ne trae una capillarità (e, quindi, una dispersione) degli uffici italiani circa 3 volte superiore rispetto a quelli francesi; di conseguenza, benché la comparazione non possa condursi in maniera precisa senza considerare fattori quali il tasso di litigiosità e la distribuzione reale della popolazione sul territorio dei due Paesi – le medie riportate costituendo, per definizione, dati insufficienti a tal fine –, è verosimile ipotizzare, rispetto

alla situazione ante-riforma, una maggiore ricorrenza di uffici sottodimensionati rispetto all'*optimum*. Di qui, il semplice richiamo alla legge dei rendimenti decrescenti conferma l'impressione che, in Italia, l'accorpamento abbia spiegato effetti positivi ben più ampi.

Quanto alla prossimità al cittadino, se è vero che una "peggiore" situazione *altrove* non legittima automaticamente riforme al ribasso, e che l'implementazione di strumenti telematici che consentano la celebrazione di processi «a distanza» – ciò che potrebbe notevolmente ridimensionare l'inconveniente di un allontanamento delle Corti fisiche dal cittadino-utente – appare ancora più che incompleta, i timori sono verosimilmente più l'effetto della comparazione tra il prima e il dopo, che non l'espressione di un effettivo *vulnus* generalizzato al diritto di accesso al giudice. Di qui, la necessità di operare una valutazione caso per caso, tenendo conto delle specificità del territorio desertificato, onde eventualmente immaginare dei correttivi.

8. – Transizione: un fattore trascurato?

All'esito dell'analisi sin qui condotta, appare evidente come, una volta scrutinata dal punto di vista economico, nessuna riforma, di per sé, sia idonea a risolvere i problemi attuali della giustizia; la valutazione, inoltre, risulta diversa, se non addirittura di segno opposto, quando ci si ponga nell'ottica di breve o di medio-lungo periodo, o in quella microeconomica o macroeconomica.

Ciò non significa che tutto sia (stato o destinato ad essere) inutile, ma suggerisce la necessità di un approccio multidisciplinare agli interventi legislativi, che consenta di coniugare l'apporto della teoria economica con i necessari mitigamenti imposti dal rispetto del diritto d'azione e di difesa delle parti: se è vero che ogni modifica impatta su altri elementi del sistema e presenta effetti collaterali indesiderati, sembra – in prospettiva – possibile ipotizzare un disegno di riforma complessivo che, consapevole delle conseguenze economiche, si traduca poi in una scelta politica, esplicitamente optando per l'obiettivo da perseguire. E, benché una simile impresa richieda tempi, informazioni, scelte e competenze che chiaramente travalicano i limiti di questo scritto, sembra già allo stato possibile individuare, nel quadro che si è andato delineando, due risultati che paiono suscettibili di trasformarsi, se non in obiettivi, in linee guida dell'azione futura: è infatti naturalmente emerso, nel corso della trattazione, che i migliori risultati sono stati finora conseguiti (o

appaiono conseguibili) puntando sul *case management* (inteso in senso ampio, sia quale facoltà del giudice di adattare il procedimento alla singola causa, sia quale *diversa* – ma non necessariamente sottratta ad inquadramento – gestione dell’agenda) e, soprattutto, sulla specializzazione del giudice.

Con particolare riferimento a quest’ultima, in effetti, l’esperienza comparata sembra suggerire che la riorganizzazione territoriale delle sedi giudiziarie sia la misura più efficace rispetto all’obiettivo: basti pensare al caso della Danimarca, unico Paese ad aver condotto verifiche *preventive* sul rapporto tra produttività e dimensione dei Tribunali. Di fronte all’inattesa constatazione che «*the smallest judgeships consistently displayed the highest average productivity*», si era in un primo momento scelto di optare per meccanismi di cooperazione tra Corti, lasciandone invariata distribuzione e dotazione di risorse, o, in alternativa, per la differenziazione del tipo di contenzioso tra le stesse (in sostanza, quelle con maggiore capacità responsiva avrebbero trattato ogni materia, le altre solo alcuni tipi di controversie); ma il fallimento di entrambe le manovre ha portato, infine, all’*extrema ratio* della revisione della *carte judiciaire*³⁷⁹.

Se ciò è vero, è tuttavia chiaro che anche l’accorpamento di sedi giudiziarie incontra dei limiti, sia di tipo giuridico – dovendosi comunque assicurare una certa prossimità del servizio giustizia all’utente – che di natura economica, tenuto conto della necessità di non oltrepassare un certo rapporto tra dotazione materiale ed organica.

Certo, sotto il primo profilo, nuovi orizzonti sembrano aprire gli sviluppi informatici, che potrebbero in prospettiva consentire una organizzazione del servizio sulla scorta dell’*home banking*, ovvero con la possibilità di trattazione a distanza di cause tipiche, semplici e ripetitive (in una parola: standardizzabili), riservando lo svolgimento “in presenza” alle sole controversie che necessitano tipicamente di una personalizzazione del servizio. Allo stato, però, il limite resta, così come – dal secondo punto di vista – non appare superabile la legge dei rendimenti decrescenti.

Ciononostante, sembra residuare un’alternativa: quella di puntare *direttamente* sulla specializzazione dell’organo giudicante, operando sulla figura del magistrato, piuttosto che sull’ufficio. Il problema che si pone, in tal caso, è quello di conciliare la tradizionale visione

³⁷⁹ SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Etude comparée*, cit., 13 ss.

del giudice generalista con l'esigenza di un processo *taylor made*, non solo nelle forme ma anche, e *in primis*, nelle capacità tecniche e personali del decisore pubblico.

Prima di indagare tale possibilità, tuttavia, è necessario chiarirne gli obiettivi. Appare infatti ovvio che le due segnalate direttrici, se finalizzate meramente alla riduzione dei tempi del processo, sono suscettibili di spiegare il più volte menzionato *side effect* dell'aumento della domanda; e sarebbe altrettanto palesemente incoerente, dopo quanto si è visto sinora, presentarle come «la» soluzione.

L'ipotesi da sperimentare, tuttavia, è che, nel bilanciamento costi/benefici, esse siano suscettibili di far rientrare (non foss'altro che per garantirne l'invarianza, *nonostante* l'accelerazione dei tempi) l'elemento che, al di là delle dichiarazioni d'intenti, è stato finora sempre postergato: la qualità.

CAPITOLO II - DALLA CONGLOMERATA AL *CORE BUSINESS*

SOMMARIO : 9. Introduzione: ritorno al *core business*? – 10. Una prima definizione: la specializzazione quale sinonimo di *expertise* e la controversa nozione di «esperto» – 11. Le ipotesi di partenza – 12. Il mito del giudice generalista – 12.1. L'affermazione della figura del giudice-giurista – 12.1.1. *Jura novit curia*: una tradizione in crisi? – 12.2. Le modalità di selezione dei magistrati «ordinari»: volpi, non ricci – 12.3. Forme striscianti di specializzazione – 12.3.1. L'*opinion assignment* negli Stati Uniti – 12.3.2. La divisione tabellare eurocontinentale – 12.3.3 I *Tribunals* inglesi e le Autorità Amministrative Indipendenti (cenni) – 13. Vantaggi e svantaggi della specializzazione – 13.1. Profili economici – 13.1.1. Il falso problema di una Corte onnipotente ma «controllata» - 13.1.2. *Expertise* e *bias*: nell'osservato o nell'osservatore? – 13.1.3. Pensiero differente? – 13.1.4. La difficile dimostrazione empirica dei benefici della specializzazione – 13.1.5. Il taglio dei tempi complessivi del sistema – 13.2. Profili organizzativi – 13.2.1. Controversie satellite sulla competenza e *forum shopping* – 13.2.2. Il problema delle cause connesse – 13.2.3. L'influenza delle fluttuazioni della domanda – 13.2.4. Nuove dimensioni della nomofilachia? – 13.2.5. Scarso *appeal* della posizione – 14. La necessità di una teoria generale della specializzazione – 14.1. I criteri da rigettare – 14.1.1. Specializzare il giudice, non la procedura – 14.1.2. *Fast-tracking*? – 14.1.3. Specializzazione non è sinonimo di alienazione – 14.1.4 – Una nomofilachia a macchia di leopardo? – 14.2. I criteri da ritenere – 14.2.1. La complessità (in senso lato) delle controversie – 14.2.2. L'autoreferenzialità del ramo del diritto in questione – 14.2.3. L'instabilità della disciplina – 14.2.4. Le variabili «logistiche»: «*volume, time per case, and geographic distribution*» – 15. Il giusto equilibrio – 16. Transizione: l'altra metà della *task*

«To take an example [...] from a very trifling manufacture; but one in which the division of labour has been very often taken notice of, the trade of the pin-maker; a workman not educated to this business (which the division of labour has rendered a distinct trade), nor acquainted with the use of the machinery employed in it (to the invention of which the same division of labour has probably given occasion), could scarce, perhaps, with his utmost industry, make one pin in a day, and certainly could not make twenty. But in the way in which this business is now carried on, not only the whole work is a peculiar trade, but it is divided into a number of branches, of which the greater part are likewise peculiar trades. One man draws out the wire, another straightens it, a third cuts it, a fourth points it, a fifth grinds it at the top for receiving the head...»³⁸⁰

³⁸⁰ SMITH, Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinburgh, 1827, 3.

9. – Introduzione: ritorno al *core business*?

Se il richiamo all'esempio del *pin-maker* vuole, ovviamente, essere solo provocatorio, esso rischia di rivelarsi – ad una più attenta riflessione – ben meno fuori luogo di quanto potrebbe apparire in prima battuta: anzitutto, la già segnalata affermazione dell'imperativo quantitativo nella risposta alla domanda di giustizia, unitamente al diffondersi del contenzioso seriale, rischia effettivamente di trasformare il giudice in un operaio taylorista, soprattutto in quei sistemi in cui si manifesta la tendenza ad introdurre meccanismi volti alla risoluzione *una tantum* delle controversie ripetitive, con efficacia variamente vincolante rispetto ai processi non direttamente coinvolti: si pensi al *Musterverfahren* tedesco³⁸¹ e, più di recente, all'*incidente de resolução de demandas repetitivas* (IRDR) brasiliano³⁸².

D'altro canto, da un sistema di amministrazione della giustizia che si professa ispirato alla logica manageriale ci si attenderebbe, coerentemente, un'organizzazione (se non *tout court*, almeno *più*) «scientifica» del lavoro: a nessuno verrebbe in mente di individuare un tale Schmidt al quale proporre un sostanzioso aumento di salario in cambio della promessa di diventare un automa che risponda all'ordine «*now walk*» e «*now rest*»³⁸³; tuttavia, interpretati in senso più moderno, i principi dello *scientific management* appaiono tuttora più che ragionevoli. L'idea di elaborare pratiche scientifiche per lo svolgimento dei singoli compiti (invece di lasciare che le nuove leve siano istruite secondo il vecchio «*rule-of-thumb method*»)³⁸⁴, ciascuno da affidare a chi – già rivelatosi come «*especially suited to this type of work*»³⁸⁵ – venga poi ulteriormente istruito a cura del *management*³⁸⁶, non pare infatti, *di per sé*, attentare alla dignità di alcuno.

³⁸¹ Su cui v. DO PASSO CABRAL, Antonio, *Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*, in *Rev. proc. comparado*, 2015, 45 ss.

³⁸² Cfr. DE CASTRO MENDES, Aluisio G. - TEMER, Sofia, *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de processo civil*, in *Rev. de proc.*, 2015, 283 ss.

³⁸³ TAYLOR, Frederick W., *The Principles of Scientific Management*, New York-London, 1919, 44 ss.

³⁸⁴ *Ibid.*, 36.

³⁸⁵ *Ibid.*, 62.

³⁸⁶ *Ibid.*, 36-37.

Ciò posto in generale, va poi aggiunto che «il processo di selezione e socializzazione è particolarmente rilevante nei sistemi a legame debole», stanti, da un lato, l'«assenza di interdipendenze gerarchiche e meccanismi di ispezione e valutazione puntuale delle prestazioni» e, dall'altro, la circostanza che, «in questi sistemi, una volta entrati e/o una volta assunta una posizione apicale, è pressoché impossibile venire cacciati, se non per violazioni veramente gravi»³⁸⁷.

E invece, l'aspettativa rimane delusa dalla prassi, in ragione, anzitutto, dell'accumulo delle funzioni attribuite al giudice (amministratore³⁸⁸, conciliatore, e, infine, decisore onnisciente). In sostanza, la vocazione all'autosufficienza del settore della giustizia – sull'assunto dell'«onnipotenenza»³⁸⁹ del giudice – si sostanzia nella tendenza ad inglobare tutte le funzioni a vario titolo connesse con quella (che dovrebbe essere la) principale, ovvero la concretizzazione³⁹⁰ del diritto. La comune finalizzazione di tali attività – la sedazione del litigio, in un modo o nell'altro, mediante l'intervento di un terzo³⁹¹ – rende il ricorso ai concetti di impresa integrata e di *insourcing* ben più adeguato rispetto al parallelo con le c.d. conglomerate (ovvero le «società o gruppi di società che opera[no] in una pluralità di ambiti economici molto eterogenei, caratterizzat[e] da un basso grado di integrazione di natura tecnico-produttiva tra le attività svolte e da un elevato grado di integrazione di natura finanziaria»³⁹²), che non può, quindi, essere spinto molto oltre la mera suggestione; tuttavia,

³⁸⁷ ZAN, Stefano, *Le organizzazioni complesse*, cit., 99. Sui sistemi a legame debole v. *retro*, in nota.

³⁸⁸ Sul punto, v. *retro*, §§ 6 ss.

³⁸⁹ ZAN, Stefano, *Le organizzazioni complesse*, cit., 101.

³⁹⁰ Pur non essendo questa la sede per discutere del ruolo creativo della giurisprudenza, ed a prescindere dal valore che un singolo precedente – cfr. AULETTA, Ferruccio - ROMEO, Francesco, *A preliminary study on the quantification of the normativity of the judicial precedent*, in SCHWEIGHOFER, Erich - KUMMER, Franz - SAARENPÄÄ, Ahti (ed.), *Data Internet of Things: Proceedings of the 22nd International Legal Informatics Symposium IRIS 2019, 21-23 February 2019, Salzburg*, Bern, 2019, 491 ss. – o la sommatoria degli stessi, quando conformi (cfr. CAPASSO, Valentina, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 627 ss. e Id., *Il valore della «giurisprudenza» in Francia*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, 2019), possano avere *pro futuro*, deve quantomeno riconoscersi che, nell'applicare la norma generale al singolo caso concreto, il giudice la «individualizza» o «concretizza» nel senso kelseniano del termine: cfr. KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Clark, 2005, 230 ss.

³⁹¹ È, infatti, opinione diffusa che «si debba ritenere ormai superata la tradizionale visione sistematica del processo civile come strumento di attuazione del diritto e dell'ordinamento giuridico *at large*. Ad essa si è ormai da tempo sostituita una diversa concezione del processo civile, da intendersi essenzialmente come strumento di risoluzione delle controversie, variamente modulabile a seconda delle mutevoli esigenze concrete, emergenti dalla società»: cfr. COMOGLIO, Paolo, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, 22.

³⁹² Cfr. voce *Conglomerata*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, www.treccani.it.

il richiamo all'esperienza globalmente negativa delle *conglomerates*³⁹³ riesce utile nella misura in cui appare condivisibile il monito che ne è scaturito: concentrarsi sul *core business*³⁹⁴.

In quest'ottica, si pone la necessità di comprendere ciò che è bene rimanga interno all'azienda-giustizia (dovendosi, a quel punto, solo discutere dell'utilità di una diversificazione, se del caso mediante la specializzazione del ramo produttivo o della singola unità) e ciò che dovrebbe essere esternalizzato; fuor di metafora, la questione è determinare sia le concrete modalità di divisione del lavoro tra uffici giudiziari (o, meglio, tra giudici), sia il contenuto della singola *task* ad essi assegnata.

Così, se dell'opportunità di affidare ad altri che il giudice la gestione amministrativa – eccezion fatta per l'organizzazione del ruolo, comunque da inquadrare – si è già detto, la sua funzione conciliativa, in assenza di qualunque competenza *accertata* nel ruolo³⁹⁵, e nella perdurante tendenziale sfiducia rispetto ai suoi risultati³⁹⁶, parrebbe avere un senso solo in virtù della pressione psicologica che l'*esposizione* dell'organo giudicante può esercitare sulle parti; tuttavia, se, sul piano dell'efficacia, la peculiare posizione rivestita dal proponente della soluzione transattiva non pare incontrare rivali, dubbi possono esprimersi dal punto di vista della giustizia del risultato³⁹⁷.

Non solo: nello stesso ambito dell'«attività principale» del giudice, lo *ius dicere*, si registrano due ulteriori elementi di irrazionalità, che smentiscono *de facto* la supposta logica

³⁹³ Nonostante la più recente rivalutazione del fenomeno: cfr. KLEIN, Peter, *Were the Conglomerates Inefficient? A Reconsideration*, Working Paper, University of Georgia, February 1998, su www.researchgate.net.

³⁹⁴ «Nel linguaggio aziendale, in riferimento ad aziende che abbiano una varietà di forme produttive o di società, [...] l'attività principale che queste aziende svolgono e sulla quale si indirizzano i loro maggiori investimenti»: cfr. voce *Core business*, in *Vocabolario online*, www.treccani.it.

³⁹⁵ V., diversamente, la peculiare esperienza dei *juizados especiais cíveis* brasiliani – su cui già LUISO, Francesco P., *I "juizados especiais" brasiliani*, in CAFORIO, Giuseppe - LUISO, Francesco P. (a cura di), *Il giudice di pace italiano nella realtà internazionale*, Padova, 1997, 123-124 –, composti da 3 categorie di membri (togati, laici e conciliatori), ciascuno con le proprie competenze.

³⁹⁶ Perché, per le ragioni già viste *retro*, § 3.1, deve ritenersi che soggetti razionali siano naturalmente portati a conciliare; laddove ciò non avvenga, la causa è da ricercarsi nella prevalenza, sulla ragione, dei vari *bias* che possono affettare il pensiero umano, ed il cui superamento non è certo favorito dallo stato attuale della giurisprudenza (v. *retro*, § 4.2.3).

³⁹⁷ Infatti, in un sistema che non appare in grado di garantire, pur sul presupposto di un'effettiva volontà del giudice-conciliatore, la piena cognizione della causa da parte di quest'ultimo già nella sede deputata alla proposta, non pare inverosimile immaginare transazioni (se non giuridicamente, sostanzialmente) inique: basti pensare al caso, non certo infrequente, in cui, nelle controversie di lavoro, la somma proposta dal giudice, che sospetti il *bien-fondé* della (maggiore) pretesa del lavoratore, coincide – volutamente – con l'ammontare del TFR e delle ultime 3 mensilità. Con gran sollievo del Fondo di garanzia dell'INPS, del datore di lavoro e del carico di lavoro dell'ufficio (e del giudice stesso).

filo-aziendale del sistema, e che possono essere riassunti nei brocardi *iura novit curia* e *iudex peritus peritorum*: in sostanza, il giudice è, quanto alle competenze giuridiche, ritenuto assolutamente fungibile e, quindi, astrattamente capace di affrontare *allo stesso modo* qualunque tipo di contenzioso; con riferimento alle conoscenze che esulano dal suo tipico percorso di formazione, poi, gli è, anzitutto, lasciata la più ampia capacità di autovalutazione, sicché la decisione di ricorrere o meno ad un esperto rientra nella sua piena discrezionalità. In aggiunta, anche quando, conscio dei propri limiti, si determina per un'integrazione *ab externo* del proprio sapere, gli è rimessa – contro ogni logica – la possibilità di contravvenire al parere dell'esperto, perché stimato *saperne più di quest'ultimo*.

Gli insegnamenti dello *scientific management* e la necessità di un ritorno al *core business*, suggeriscono, invece, la necessità di una specializzazione dell'organo giudicante, sia sotto il profilo del *law-finding* che del *fact-finding*; il che impone, preliminarmente, di esplicitare il significato da attribuirsi a tale «specializzazione».

10. – Una prima definizione: la specializzazione quale sinonimo di *expertise* e la controversa nozione di «esperto»

Si è finora fatto generico riferimento al termine «specializzazione», per la capacità evocativa che gli è propria, già nel linguaggio comune: è «specializzato» chi «è dotato di particolare competenza e abilità in un determinato settore professionale o di attività»³⁹⁸. La definizione, peraltro, nulla dice quanto al tipo (teorico o pratico) di «competenza e abilità» possedute dal soggetto, né quanto alle modalità con cui esse sono state conseguite: in altri termini, esse sono date per *acquisite*.

Del resto, proseguendo nell'indagine della terminologia corrente, anche una delle accezioni di «esperto» – lemma spesso utilizzato sinonimicamente rispetto a quello già evocato –, nel confermare la dicotomia esistente tra *savoir* e *savoir faire*, finisce per inglobarle, laddove lo definisce come qualcuno «che ha esperienza, che conosce bene»³⁹⁹.

Traslati nel campo giudiziario, tuttavia, i vocaboli rinviano a concetti ben diversi e non necessariamente coincidenti, quando ci si ponga in una prospettiva comparata: se la

³⁹⁸ Cfr. voce *Specializzato*, in *Vocabolario online*, www.treccani.it.

³⁹⁹ Cfr. voce *Esperto*, in *Vocabolario online*, www.treccani.it.

specializzazione, in Italia, evoca la nozione di competenza⁴⁰⁰, intesa qui quale quantità di potere giurisdizionale attribuita ad un determinato giudice speciale⁴⁰¹ – tra quelli sopravvissuti alla Costituzione⁴⁰² ed alla successiva giurisprudenza della Consulta⁴⁰³ – o ad una sezione specializzata, la stessa idea è più spesso⁴⁰⁴ resa, in Francia, con l’espressione *juridiction d’exception*⁴⁰⁵; laddove il termine «*spécialiste*»⁴⁰⁶, così come quello di «*expert*» è, piuttosto, inteso nel significato di «perito, tecnico»⁴⁰⁷, nell’accezione di ausiliario del giudice⁴⁰⁸.

Non sembra, allora, un caso che la letteratura scientifica in materia di Corti specializzate evidenzi l’assenza di accordo sui confini di tale appellativo⁴⁰⁹ e si profonda nel tentativo di individuarne il significato⁴¹⁰. Ora, se tale dibattito può apparire eccessivamente teorico, esso assume rilievo quale indice (di uno) dei limiti della comparazione nel campo di cui si discute: in sostanza, posto che le principali Corti analizzate in virtù della loro specializzazione – come la *Delaware Chancery Court*, il *Federal Circuit*, le *Bankruptcy*

⁴⁰⁰ Ovvero la «misura della giurisdizione»: cfr. CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*³, Roma, 1923, 368. Per un *amplius*, v. GIUSSANI, Andrea, voce *Competenza [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line* (2015), www.treccani.it.

⁴⁰¹ Il divieto di istituire giudici speciali, in Italia, Germania ed Olanda previsto a livello costituzionale, è invece assente in Francia (oltre che in Danimarca ed Inghilterra): cfr. FABRI, Marco - LANGBROEK, Philip M., *Is There a Right Judge for Each Case? A Comparative Study of Case Assignment in Six European Countries*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 2008, 295.

⁴⁰² In quanto espressamente previsti – e dunque mantenuti – dall’art. 103 Cost.

⁴⁰³ Come noto, benché la VI disposizione transitoria della Costituzione prevedesse la «revisione degli organi speciali di giurisdizione [allora] esistenti», la Corte costituzionale, considerando il termine non perentorio, a fronte dell’inerzia del legislatore, ha dovuto farsi carico di giudicare, volta per volta, della legittimità dei singoli giudici speciali preesistenti.

⁴⁰⁴ Essendo utilizzata, sebbene in misura minore, anche l’espressione *juridiction spécialisée*.

⁴⁰⁵ «*Juridiction spécialement établie pour certaines catégories de justiciables et d’affaires et constituant une dérogation à la juridiction de droit commun*»: cfr. CORNU, Gerard, *Vocabulaire juridique*, Paris, 2018, voce *Exception (Juridiction d’)*.

⁴⁰⁶ CORNU, Gerard, *Vocabulaire juridique*, cit., voce *Spécialiste*, indica anzitutto il «[m]embre d’une profession non juridique dont la qualification particulière est reconnue dans un domaine déterminé, d’où son titre à être choisi comme technicien (*expert, consultant*) ou comme *sapiteur*», e solo in un secondo senso un «*auteur ou praticien du Droit professant une compétence confirmée en une matière particulière*».

⁴⁰⁷ Voce *Esperto*, in *Vocabolario online*, www.treccani.it.

⁴⁰⁸ La prima definizione fornita da CORNU, Gerard, *Vocabulaire juridique*, cit., voce *Expert*, è: «[n]om donné au technicien commis par le juge en raison de ses lumières particulières, pour procéder à une expertise; *homme de l’art*».

⁴⁰⁹ UZELAC, Alan, *Mixed Blessing of Judicial Specialisation: The Devil is in the Details*, in *Russian L.J.*, 2014, 146 ss.

⁴¹⁰ BLERY, Corinne, *La notion de spécialisation*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l’IFR*, Toulouse, 2012, 13 ss.

Courts statunitensi – non rispondono affatto all’idea che degli organi specializzati si ha nei Paesi *civilian*⁴¹¹, sarebbe metodologicamente scorretto ricavare inferenze automatiche dagli studi che si sono dedicati all’*assessment* delle prime; il valore di questi ultimi, pertanto, è da ritenersi solo suggestivo degli effetti di (quella che per il giurista continentale sarebbe) una semi-specializzazione⁴¹².

Queste brevissime notazioni risultano già sufficienti a dar conto della necessità di chiarire quale significato si intende conferire – stipulativamente – alle espressioni che saranno utilizzate in prosieguo; e, a tal fine, un punto di partenza può essere costituito dalla definizione, estratta dal testo della Relazione generale della Commissione Rovelli, secondo la quale «specializzazione significa che il giudice è in grado di offrire una risposta all'altezza delle aspettative delle parti, risposta che presuppone le conoscenze tecniche e l'esperienza di un mondo che le parti, per il fatto stesso che vi operano, ben conoscono»⁴¹³.

Certamente essa, risentendo chiaramente dell’oggetto specifico cui è riferita (le Sezioni specializzate in materia di impresa), richiede qualche adattamento rispetto ai fini qui perseguiti: in particolare, una volta che il discorso si sposti sulla specializzazione *in generale*, non appare necessario che le parti siano degli operatori del settore specifico su cui insiste la decisione perché possano legittimamente attendersi una decisione «all'altezza». Ciononostante, la stessa definizione, per la sua capacità di ricomprendere tanto conoscenze giuridiche che *altre*, appare adeguata agli scopi che ci si è prefissi: indagare l’opportunità – se non la necessità – di una specializzazione del giudice, non tanto con riferimento alla particolare branca del diritto in cui si colloca la controversia, quanto in relazione alle competenze richieste dall’attività di *fact-finding* in determinati settori.

Rispetto ad entrambe le questioni – che possono qui convenzionalmente definirsi come «specializzazione giuridica» e «specializzazione epistemica» –, peraltro, va precisato che l’oggetto dell’indagine non sarà l’ufficio giudiziario nel suo complesso, né una sezione

⁴¹¹ La *Delaware Chancery Court* è una giurisdizione di *equity*, che solo per accidentali ragioni storiche e geografiche si è ritrovata a trattare un ingente numero di *corporate matters*, così “specializzandosi”; i casi relativi alla *patent law* nel *Federal Circuit* rappresentano solo una percentuale – nemmeno parecchio consistente – dell’intero *case load* della Corte; la competenza delle *Bankruptcy Courts* non copre l’intera area che dà loro il nome: cfr. STEMPER, Jeffrey W., *Two Cheers for Specialization*, in *Brook. L.R.*, 1995, 89-91. Sulla prima Corte, v. anche DREYFUSS, Rochelle C., *Forums of the Future: The Role of Specialized Courts in Resolving Business Disputes*, ivi, 1995, 1 ss.

⁴¹² Paradossalmente, peraltro, sarà proprio la semi-specializzazione – sebbene intesa in senso diverso – a risultare preferibile: v. *infra*, § 15.

⁴¹³ COMMISSIONE ROVELLI PER LA REVISIONE SISTEMATICA DIRITTO COMMERCIALE, Relazione e articolato in materia di giustizia per le imprese (Allegato 3 alla Relazione generale), 13 aprile 1999, disponibile su www.giustizia.it, § 3 (ultimo accesso: 28.04.2019).

specializzata dello stesso; di conseguenza, non verranno in rilievo questioni di stretta procedura – quali quelle, ad esempio, della definizione dei rapporti tra l’uno e l’altra come di competenza o di mera ripartizione interna⁴¹⁴ – che saranno solo incidentalmente trattate, quando e nella misura in cui siano effettivamente rilevanti.

L’obiettivo è, invece, indagare i pro e i contro della specializzazione (nelle due accezioni sopra definite) rispetto al *singolo* magistrato, o, eventualmente, al collegio⁴¹⁵. Venendo, dunque, in rilievo le qualità personali del giudice-persona fisica, l’attributo di «specializzato», riferito a quest’ultimo, può essere inteso come sinonimo di «esperto»: ed infatti, come si vedrà, anche nell’ambito di discussioni (presentate come) riguardanti l’opportunità, *sotto il profilo tecnico-giuridico*, di istituire uffici giudiziari specializzati, molte delle argomentazioni presentate, in senso favorevole quanto contrario, si appuntano sui presunti pregi e difetti dell’*expertise*, come generalmente tramandati dagli *studi psicologici*. Ciò che risulta assolutamente comprensibile, quando si consideri che la scelta – di politica legislativa – delle modalità di riparto (anche tipologico) delle controversie tra uffici giudiziari non esaurisce le proprie conseguenze, positive o negative che siano, a livello di organizzazione del sistema, ma si riverbera anche sul giudice *in quanto uomo*; e che quest’ultimo, inteso quale oggetto del discorso, non può essere compreso con i soli strumenti a disposizione del giurista.

Peraltro, se il giudice specializzato è scelto in ragione della propria *expertise*, o è (ritenuto) comunque destinato ad acquisirla in virtù del *learning by doing*⁴¹⁶, sì da giustificare *in principio* i frequenti richiami ai risultati della psicologia in materia, i rinvii concretamente effettuati lasciano spesso perplessi per una serie di ragioni, di cui si darà conto nel corso della trattazione. Una di esse, tuttavia, merita di essere menzionata subito: si tratta del mancato accordo, nell’ambito della comunità scientifica di riferimento, quanto alla stessa definizione di «esperto»; ciò che, incidendo, a monte, sulla selezione dei soggetti studiati, ovviamente impedisce qualunque seria comparazione dei risultati.

Con specifico riferimento alle ricerche sull’*expertise* nel *problem-solving* e, nell’ambito di quest’ultimo, al settore particolare *decision-making*, Shanteau sottolinea

⁴¹⁴ Ma v. *infra*, § 13.2.4.

⁴¹⁵ In realtà, può anticiparsi sin d’ora che il modello che si andrà costruendo con riferimento alla specializzazione epistemica non coincide né col giudice monocratico, né con quello collegiale, ma con il giudice misto. V. Capitolo IV.

⁴¹⁶ L’equivalenza tra la specializzazione previa e quella acquisita è generalmente presupposta, ma contestabile, come si dirà subito *infra*, nel testo.

come, nella scala ideale che parte dai *naives* e, passando per i *novices*, giunge fino agli esperti, la maggioranza degli studi abbia finito per riguardare la categoria mediana, così falsando in radice l'attendibilità dei risultati⁴¹⁷; e ciò sia per ragioni di pratica indisponibilità, sia per la mancanza di un criterio attendibile di selezione.

In effetti, l'Autore censisce otto strategie comunemente utilizzate dagli studiosi onde individuare i soggetti da studiare, e di ciascuna individua le falle: per quanto qui rileva, può criticarsi anzitutto il criterio dell'*accreditation*⁴¹⁸ (che si basa sul conseguimento di un determinato titolo), non solo perché essa non necessariamente risponde all'effettiva qualità dell'accreditato, ma anche in virtù del c.d. *ratchet-up effect*, in base al quale, di norma, il titolo, una volta acquisito, non viene revocato, con la conseguenza di nascondere un eventuale scadimento – non foss'altro che per effetto della senescenza – delle qualità del preteso esperto⁴¹⁹.

Ancora, il basarsi sull'*experience*⁴²⁰, e quindi sul numero di anni spesi in una determinata posizione, suona logico in quanto «[p]resumably, no one can work as a professional for any length of time if he or she is incompetent»⁴²¹, ma la bontà dell'obiezione – ovvero che, «although experts normally have considerable experience, the converse may not be true»⁴²² – è troppo palese per necessitare di commenti; ciò che già consente di revocare in dubbio la diffusa idea che il giudice, quando non già esperto, lo diventi *comunque* sul campo. Del resto, quando gli studi psicologici parlano di *deliberate practice*⁴²³ quale unico strumento perché la ripetizione porti davvero ad un miglioramento, non fanno che confermare l'intuizione di Taylor: non è certo la *mera ripetizione* di compiti a consentire

⁴¹⁷ SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies of Expert Decision Makers*, in *Acta Psych.*, 1988, 205-207.

⁴¹⁸ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert? Performance-Based Assessment of Expertise*, in SCHNEIDER, Sandra L. - SHANTEAU, James, *Emerging Perspectives on Judgment and Decision Research*, Cambridge, 2003, 623.

⁴¹⁹ Come si è già accennato, il fenomeno è frequente nelle organizzazioni complesse, come quella che caratterizza l'amministrazione della giustizia: v. *retro*, § 9.

⁴²⁰ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert?*, cit., 622.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ ERICSSON, K. Anders - KRAMPE, Ralf Th. - TESCH-RÖMER, Clemens, *The role of deliberate practice in the acquisition of expert performance*, in *Psych. R.*, 1993, 363 ss.

l'improvement, essendo a tal fine necessario, viceversa, un *addestramento mirato e controllato*⁴²⁴.

Il criterio della *peer identification*⁴²⁵, poi, ha un senso nella misura in cui difficilmente si rivela errata l'indicazione di un soggetto quale esperto da parte di più operatori di un determinato settore; tuttavia, il rischio è che, in virtù del c.d. *popularity effect*, venga omessa la menzione di «*someone outside the peer group [...] although that person may be on the cutting edge of new insights*»⁴²⁶: ed è qui facile pensare – per l'Italia – ai giudici di Cassazione, certamente più esposti e, quindi, più noti, ma non *per ciò solo* – o, per quanto detto, *esclusivamente* in virtù della loro posizione al vertice della piramide giudiziaria – necessariamente più esperti di altri⁴²⁷.

Infine, la sola misura della *factual knowledge*⁴²⁸ risulta parimenti insufficiente: la conoscenza dei fatti – che, nel lessico di Shanteau, sono comprensivi delle norme, come ad esempio le *regole del gioco* – è certo necessaria, ma così scontata da essere presupposta: «*[s]omeone who does not know the facts about a domain will be unable to make competent decisions*», ma «*knowledge of the rules of baseball is not enough to know how to play a particular position, or to pitch a curve ball, or to manage a team in the bottom of the ninth inning. Each of these skills requires more than knowing what the facts are. They also require an understanding of what to do with the facts*»⁴²⁹. Si conferma, quindi, quanto anticipato all'inizio: non solo nel linguaggio comune, ma finanche nella discussione scientifica, manca spesso la percezione della distinzione tra «sapere» e «saper fare»; e questo vizio di fondo, trasportato nel campo giudiziario, rende evidente che proprio l'argomento principale posto alla base dei paralleli tra giudice specializzato ed esperto – e, quindi, dell'attribuzione all'uno dei pregi e difetti che nell'immaginario corrente caratterizzano l'altro – si rivela fallace.

Senza ulteriormente indugiare sulla *pars destruens* del discorso dell'Autore, è certo che egli finisce per disegnare una nozione estremamente elitaria, ritenendo esperti solo

⁴²⁴ TAYLOR, Frederick W., *The Principles of Scientific Management*, cit., 36 e *passim*.

⁴²⁵ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert?*, cit., 623.

⁴²⁶ *Ibid.*, 624.

⁴²⁷ La situazione, in Francia, è differente, la funzione di cassazione implicando una competenza tecnica particolare, cui i giudici di merito sono poco avvezzi. Non a caso, i novelli consiglieri di legittimità necessitano di un lungo periodo di formazione.

⁴²⁸ *Ibid.*, 626.

⁴²⁹ *Ibid.*, 627.

«those who have reached the pinnacle of their profession. [...] Thus only those who are the best at what they do should be considered experts»⁴³⁰, ed è alla luce di tale restrittivo criterio che – da ormai oltre quarant’anni – individua i soggetti da analizzare.

Si tratta, all’evidenza, di una definizione troppo generica per risultare utile ai fini che qui rilevano. Nel tempo, in realtà, lo stesso Shanteau ha contribuito all’elaborazione di un *test*⁴³¹ – il c.d. *CWS approach*, che riprende le iniziali dei suoi sviluppatori⁴³² – che, per quanto ancora imperfetto, rappresenta un serio avanzamento verso la definizione di parametri oggettivi di *assessment* dell’*expertise*: partendo dal presupposto che un soggetto esperto è in grado di discernere situazioni che risultano, viceversa, indistinguibili per l’inesperto – grazie alla propria capacità di riconoscere i dettagli – ed adotta parametri di giudizio non randomici, e quindi tali da consentirgli di valutare ugualmente casi uguali, l’indice di *expertise* è calcolato come *ratio* tra «*discrimination (more is better)*» ed «*inconsistency (less is better)*»⁴³³. In sostanza, esposti i soggetti esperti ad una serie di *stimulus*⁴³⁴ *cases*, di cui alcuni ripetuti, se ne testa contemporaneamente la capacità di individuare tratti differenziali tra gli stessi e la coerenza di giudizio: «[t]he ratio can then be used to assess whether someone is behaving more (high value) or less (low value) like an expert»⁴³⁵.

Il metodo ha già trovato applicazione in vari campi⁴³⁶; non, purtroppo, in quello giudiziario, ove gli studi, oltre a scarseggiare in quantità, appaiono tutti ancora basati su di una selezione meno scientifica dei partecipanti. Le difficoltà risultano, del resto, ancora maggiori in ragione delle peculiarità che caratterizzano le modalità di selezione dei magistrati e le loro progressioni di carriera; ciò, quantomeno, con riferimento al tipico percorso del magistrato-burocrate di stampo eurocontinentale, essendo viceversa noto che,

⁴³⁰ SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies*, cit., 206.

⁴³¹ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert?*, cit., 627 ss.

⁴³² Cochran-Weiss-Shanteau.

⁴³³ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert?*, cit., 628; in sostanza, come spiegano gli stessi Autori, «[t]he CWS approach can be applied by asking would-be experts to judge a series of stimulus cases; this allows for assessment of their discrimination ability. In addition, at least some cases are repeated; this allows for assessment of their consistency. These two measures are combined by a ratio to yield the CWS value».

⁴³⁴ GIBSON, James J., *The concept of the stimulus in psychology*, in *Am. Psych.*, 1960, 694 ss.

⁴³⁵ SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert?*, cit., 628.

⁴³⁶ *Ibid.*, 630 ss.

nei Paesi di *common law*, ed in special modo in quello inglese, l'attingimento della funzione giudiziaria rappresenta piuttosto il coronamento di una carriera (prima) forense, ed avviene sulla base di procedure che, per quanto distanti dal *CWS approach*, si caratterizzano in positivo per il loro non appiattirsi sulla verifica della *factual knowledge* (nel senso *supra* precisato) dei candidati.

In conseguenza di ciò, deve avvertirsi che, nonostante la frequenza dei riferimenti che verranno effettuati ai risultati delle ricerche di Shanteau, non sarà possibile ritenerli *de plano* applicabili allo specifico ambito di questo studio. Ciononostante, non mancheranno occasioni in cui gli esiti attinti dall'Autore saranno confermati da ulteriori ricerche che, basate su soggetti che egli verosimilmente definirebbe come «novizi», *per ciò stesso* appaiono più utilmente applicabili al giudice *civilian*: in particolare, il riferimento è all'opera di Catellani⁴³⁷, la quale, pur accogliendo l'idea diffusa (ma che si espone alle critiche già passate in rassegna) secondo la quale l'*expertise* può ritenersi raggiunta dopo 10 anni di esperienza (*tout court*) in un determinato settore, finisce addirittura per studiare soggetti – che pur definisce «esperti» – con un'anzianità minore nel ruolo.

Per quanto detto, dunque, è nella consapevolezza, da un lato, dell'estrema ambiguità del termine «esperto» e, dall'altro, dell'imprescindibilità del suo utilizzo a fini discorsivi, che ad esso si farà riferimento in prosieguo.

11. – Le ipotesi di partenza

Indicato quale obiettivo finale la verifica dell'opportunità di una specializzazione epistemica dell'organo giudicante, pare preferibile concentrare l'attenzione – in prima battuta – su quella giuridica, sia perché la letteratura scientifica si è sinora concentrata quasi esclusivamente su di essa, sia (e soprattutto) in quanto molti dei concetti derivabili dalla discussione teorica sul punto potranno essere ripresi – per estenderli o per criticarli – nel quadro del discorso volto a prospettare il giudice più adeguato nelle controversie *fact-intensive*⁴³⁸.

La bibliografia accademica in materia è imponente e diversificata; ciononostante, con rare eccezioni, essa presenta 3 tratti comuni:

⁴³⁷ CATELLANI, Patrizia, *Il giudice esperto*, Bologna, 1992.

⁴³⁸ COMOGLIO, Paolo, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, cit., 240 ss.

i) innanzitutto, gli studi si aprono, generalmente, con la constatazione che – in un mondo sempre più specializzato – i giudici sono gli ultimi generalisti⁴³⁹;

ii) in secondo luogo, essi danno conto, più o meno diffusamente, di una serie di pro e contro legati alla specializzazione dell'organo giudicante;

iii) infine, tutti gli Autori appaiono focalizzarsi sull'opportunità, di volta in volta, di istituire *una* Corte specializzata in una determinata materia (o di valutare la *performance* di una già esistente⁴⁴⁰).

Ciascuno di tali aspetti merita, tuttavia, di essere precisato.

12. – Il mito del giudice generalista

«*While it is a truism that some specialization enhances productivity, it is also true that most jobs are by definition somewhat specialized, so the meaningful empirical question is whether further specialization helps at the margin, that is, whether there are any unexploited gains from specialization*»⁴⁴¹.

In effetti, la storia denuncia la presenza di una tendenza di fondo al conseguimento di un certo grado di *expertise* dell'organo giudicante. Così, se oggi l'idea dell'intecambiabilità del giudice è implicita nello stesso dettato costituzionale italiano – che vuole i magistrati distinguersi «soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, comma 3°, Cost.) – e reiterata nel sistema di assegnazione tabellare, entrambi non disconoscono l'esistenza, o comunque l'esigenza, di forme di specializzazione: il primo, avendo conservato alcune giurisdizioni speciali ed ammesso la creazione di sezioni specializzate; il secondo, tendenzialmente prevedendo – negli uffici le cui dimensioni lo consentano – una divisione in sezioni per materia. Lo stesso, del resto, avviene in Francia: tralasciando, per ora, le *juridictions d'exception*, anche in quelle di *droit commun* non è inusuale una ripartizione *ratione materiae*: basti pensare al TGI di Parigi, dove si contano non meno di 28 camere

⁴³⁹ WOOD, Diane P., *Generalist Judges in a Specialized World*, in *SMU L.R.*, 1997, 1755 ss.

⁴⁴⁰ KROEZE, Maarten J., *The Companies and Business Courts as a Specialized Court*, in AA.VV., *The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges*, Amsterdam, 2006, 143 ss., consultato nella versione disponibile su <https://ssrn.com/abstract=976277>, cui saranno effettuati i successivi riferimenti (numerazione 1-20).

⁴⁴¹ COVIELLO, Decio - ICHINO, Andrea - PERSICO, Nicola, *Measuring the gains from labor specialization*, 27 febbraio 2019, 2. Il *paper* è ancora inedito, ma consultabile su www.andreaichino.it

(ciascuna destinataria di un determinato segmento di contenzioso), talora raggruppate in poli specializzati⁴⁴².

Non è un caso, allora, che agli occhi dei giuristi di *common law* – e particolarmente statunitensi – i sistemi giudiziari europei appaiano ben meno generalisti rispetto a quelli domestici⁴⁴³.

Le cose, tuttavia, non stanno esattamente come sembrano: da un lato, la stessa evoluzione storica già menzionata, se ha certamente condotto all'affermazione della (tendenzialmente) indispensabile perizia dell'organo giudicante, sembra accontentarsi del fatto che quest'ultimo sia un *gius-perito*, senza ulteriori connotazioni, ed indipendentemente dal grado di necessità di competenze *altre* da quelle giuridiche⁴⁴⁴; dall'altro, un'osservazione più approfondita dell'organizzazione del servizio-justizia dimostra che, al di là delle affermazioni di principio, la specializzazione (anche se non sempre perseguita in maniera ottimale) costituisce già una realtà.

12.1. – L'affermazione della figura del giudice-giurista

Se già l'esperienza romana conosceva l'uso «di affiancare al magistrato dei *consiliariis* o *assessore*s competenti in diritto»⁴⁴⁵ e se tale pratica, mantenuta sotto il dominio ostrogoto e bizantino, riprese – dopo un'interruzione – nel XI secolo, è nel Duecento che si generalizzò una «esigenza di conformità della sentenza ai risultati della dottrina»⁴⁴⁶. Così, nei Comuni, ove «sedevano giudici uomini imperiti nel giure, gente più di spada che di toga»⁴⁴⁷, il bisogno di integrazione esperta delle conoscenze (giuridiche) dell'organo

⁴⁴² Al 13 marzo 2019, si contano il *Pôle économique et commercial*, il *Pôle famille*, il *Pôle de l'urgence civile* e il *Pôle de la réparation du préjudice corporel* : cfr. <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr>, sezione *Les services civils*.

⁴⁴³ V., ad esempio, DAMLE, Sarang V., *Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court*, in *Virginia L.R.*, 2005, 1287 ss.

⁴⁴⁴ Qualche spiraglio di luce nel senso «[del]la riscoperta di un criterio di selezione meritocratico per alcune delle funzioni giudiziarie e civili più delicate; [del]la inversione della tendenza a dar modesto peso [...] alla specializzazione per settori nelle funzioni giudiziarie civili» e del «solo tendenziale, ma pur sempre impressionante, recupero della tradizione storica degli antichi Tribunali di commercio» (cfr. CONSOLO, Claudio, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, 565) aveva seguito la presentazione del Progetto di delega di riforma del diritto societario da parte della Commissione Mirone; ma la *tradizione*, una volta di più, ha prevalso.

⁴⁴⁵ LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975 (rist.), 125; PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, Milano, 1965, 28.

⁴⁴⁶ LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 115.

⁴⁴⁷ SALVIOLI, Giuseppe, *Storia della procedura civile e criminale*, in DEL GIUDICE, Pasquale (dir.), *Storia del diritto italiano*, Vol. III – Parte II, Firenze, 1969, 498

giudicante si tradusse nella nascita e diffusione del *consilium sapientis* (in Italia come oltralpe, il richiamo operato da Salvioli alla Germania evocando certamente il «rapporto che nell'antico processo germanico passava tra l'*Urtheiler* o *Unrtheilsfinder*, che proponeva il contenuto della sentenza, e il *Richter* che dava a questo responso il carattere di un comando ufficiale»⁴⁴⁸).

In effetti, è un'evoluzione simile quella che pare aver interessato, in tempi diversi, la Francia e la Germania (e, più in generale, gli Stati continentali), nel quadro di un più ampio movimento verso la sostituzione dei laici nell'amministrazione della giustizia: secondo la suggestiva tesi di Dawson⁴⁴⁹ infatti, mentre in Inghilterra⁴⁵⁰ il potere della Corona avrebbe paradossalmente consentito – con il mantenimento delle forme del processo medioevale e l'imposizione di un ruolo attivo alle parti – una delegazione di funzioni ai *lay members* della società (e ciò persino al livello della *Court of Chancery*, altrimenti impossibilitata a far fronte – composta com'era dal solo *Chancellor* e dal *Master of the Rolls* – alle domande provenienti da ogni parte del Regno⁴⁵¹), viceversa, la debolezza dei sovrani europei⁴⁵² avrebbe favorito l'espandersi del modello processuale di stampo romano-canonico che, per i poteri inquisitori riconosciuti al giudice e per le complicazioni formali imposte a tutti i protagonisti del processo, avrebbe a propria volta reso necessaria – nel periodo, più o meno lungo, occorrente alla società per produrre un ceto di magistrati di professione – la consultazione dei giuristi⁴⁵³. A ciò si aggiunga, quanto alla Francia, la peculiarità e l'estrema frammentarietà del *droit coutumier*, alla cui applicazione riuscivano fatali le difficoltà nella cognizione stessa della regola: di qui, l'istituto dell'*enquête par turbe*, che «consistait à entendre divers témoins (choisis en pratique parmi des gens de robe : avocats, procureurs ou notaires) et à les entendre en tant que sachants»⁴⁵⁴ e che, non a caso, fu formalmente vietata solo con

⁴⁴⁸ CALAMANDREI, Piero, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, 259.

⁴⁴⁹ DAWSON, John P., *A History of Lay Judges*, cit., *passim*.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, 116 ss.

⁴⁵¹ *Ibid.*, 145 ss.

⁴⁵² V. *ibid.*, 39 ss. per la Francia e 94 ss. per la Germania.

⁴⁵³ Sembra, quindi, coerente che l'istituzione dei *Tribunaux de commerce* (su cui v. *infra*, Capitolo III*), in cui da sempre siedono, in Francia, esclusivamente giudici non giuristi, sia andata di pari passo con la predisposizione di un rito semplificato: cfr. HILAIRE J., *Perspectives historiques de la juridiction commerciale*, in AA.VV., *Les Tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, Paris, 2007, 10-11.

⁴⁵⁴ JESTAZ, Philippe, *Source délicateuse*, in *RTD civ.*, 1993, 73 ss.

l'*Ordonnance* di Luigi XIV del 1667⁴⁵⁵, ovvero nel momento della consacrazione dell'autorità del sovrano e, con essa, della legge.

Ora, come il responso della *turbe*, se unanime, permetteva di ritenere provata l'esistenza della *coutume*, sicché il giudice doveva decidere in conformità alla stessa (che, inoltre, a seguito del riconoscimento, diventava *coutume notoire*, ed in quanto tale non bisognevole di essere ulteriormente provata in futuri casi simili)⁴⁵⁶, anche il consiglio del sapiente – che, diversamente dall'assessore, «non “s[e]deva” a lato del magistrato, ma [era] uno studioso al quale ci si rivolge[va] in modo saltuario e in casi di particolare gravità»⁴⁵⁷ –, coerentemente con il presupposto stesso dell'istituto (*i.e.* l'ignoranza del giudice), faceva sì che quest'ultimo dovesse adeguarvisi⁴⁵⁸, né potesse, quando i sapienti fossero in numero pari e discordi tra loro, scegliere a quale di essi dar credito, ma piuttosto nominarne uno ulteriore, affinché si creasse una maggioranza⁴⁵⁹. Inoltre, «[s]e il consiglio era voluto dal giudice, questi sceglieva il sapiente *de collegio iudicu vel advocatorum*: se era chiesto dalle parti, il giudice proponeva nomi di ascritti al collegio oppure da sorteggiarsi da questi», ma era concesso agli stessi litiganti di «presentare nomi di sapienti e fra questi si sorteggiava»⁴⁶⁰.

Certo, il sistema del *consilium* – come, si direbbe, quello dell'*enquête par turbe* – appariva «svili[re] la dignità del magistrato, le cui funzioni erano ridotte nel campo procedurale, più a contatto col procuratore che cogli avvocati: egli era reso estraneo dal merito della controversia»⁴⁶¹; ma, al di là di come tale situazione potesse essere vissuta dal diretto interessato e intesa dalla società del tempo, essa certo incontra l'approvazione dello studioso moderno, nato e cresciuto in un ambiente in cui è *scontato* che la risoluzione delle controversie sia attribuita a chi possa vantare la preparazione (ritenuta) *più consona al ruolo*,

⁴⁵⁵ ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, 1991, 39.

⁴⁵⁶ L'affermazione rappresenta il risultato di un ragionamento ermeneutico più complesso, che passa per la teoria del notorio: in sostanza, essendovi indicazioni nell'*Ordonnance de la Chandeleur* del 1270 che la *turbe* dovesse essere costituita da almeno 10 persone, e posta la definizione per cui «*un fait est notoire si le juge peut trouver dix personnes qui veulent déposer de scientia et de fama qu'il a eu lieu*», WAELKENS, Laurent, *L'origine de l'enquête par turbe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1985, 337 ss., giunge a spiegare la ragione per la quale il responso della folla si imponesse al giudice.

⁴⁵⁷ LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., 126.

⁴⁵⁸ PUNZI, Carmine, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 1963, 71-72.

⁴⁵⁹ SALVIOLI, Giuseppe, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., 501.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, 500.

⁴⁶¹ *Ibid.*, 502; invece, nell'Italia meridionale, «le *Const. r. Sic.*, I, 47, avevano istituito il giudizio dei pari [...], che gli interpreti intesero nel senso di parere che non vincolava il giudice».

ovvero quella giuridica. Eppure, come si vedrà⁴⁶², lo stesso ragionamento che enfatizza l'idoneità professionale del giudice non viene ripetuto quando il tipo di conoscenze a quest'ultimo richieste esula dal mondo del diritto: in altri termini, se è vero che l'attività di *judicial decision-making* statisticamente richiede tuttora – anche se, forse, meno di ieri – la mobilitazione di competenze giuridiche, sicché è necessario che il giudice le posseda di *default*, l'idea che, in particolari materie ad alto tasso di tecnicismo, tale preparazione non basti, è solo formalmente accettata; sicché è la stessa disciplina positiva che, pur quando ammette l'integrazione del sapere extragiuridico dell'organo giudicante, si preoccupa di tracciare dei confini (sulla carta) nettissimi, onde evitare quello che sarebbe vissuto come un vero e proprio esproprio della funzione del giudice.

In sintesi, può quindi dirsi che il cuore del dibattito sia storicamente fissato sull'alternativa tra giudice laico – latamente inteso, come comprensivo tanto del *quivis de populo*, quanto di qualunque altro soggetto che, pur implicato nel processo decisionale, sia portatore di saperi non giuridici – e giudice professionista (invariabilmente giurista): è in questo senso che sono andate, in Europa, le «riforme alla procedura iniziate nella seconda metà del sec. XVIII», con le quali «si volle porre la responsabilità della sentenza sui giudici», nello stesso tempo in cui si attuava la «riforma degli ordini giudiziari composti di magistrati stabili e con requisiti di studio e di tirocinio»⁴⁶³; ma un processo di professionalizzazione simile si è registrato anche nel Nuovo continente, sebbene sulla spinta di motivazioni (anche politiche) ben differenti⁴⁶⁴.

Così, se ancora oggi si rinvengono in tutti i sistemi, sebbene in diversa misura, spazi di profanità nel *decision-making*, si tratta di ipotesi solo *tollerate*, quali *anomalie* più o meno giustificate – principalmente da motivi economici, ma non solo – nel quadro di un sistema

⁴⁶² V. *infra*, Capitolo IV.

⁴⁶³ SALVIOLI, Giuseppe, *Storia della procedura civile e criminale*, cit., 503.

⁴⁶⁴ Il XVII secolo è stato infatti, nel continente americano, «*the miraculous era of law without lawyers*» (cfr. MORRIS, Richard B., *Legalism versus Revolutionary Doctrine in New England*, in *New Engl. Q.*, 1931, 196) – sebbene i giudici laici dell'epoca possedessero tendenzialmente «*considerably more legal knowledge than the laity has today*» (cfr. PROVINE, Doris M., *Judging Credentials. Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism*, Chicago, 1986, 3) –, principalmente a causa dell'assetto dell'economia che, in quanto prettamente rurale, non avrebbe consentito di sostenere una classe di *lawyers*; e ad una organizzazione non professionale della giustizia non ostava l'Inghilterra, all'inizio scarsamente interessata alle sorti delle colonie.

Con l'inizio del '700, si registrò un'inversione di tendenza sotto entrambi i profili; sicché, allo sviluppo della classe forense – che, organizzatasi come *Bar*, vedeva nell'affermazione del giudice-giurista un'occasione di progresso nella carriera – e della tendenza dei sovrani britannici verso un controllo più pregnante sui domini al di là dell'Atlantico, corrispose il moltiplicarsi di iniziative, finalizzate ad espungere i *laymen* dall'amministrazione della giustizia, infine prevalse nonostante le resistenti opposte. Cfr. PROVINE, Doris M., *Judging Credentials*, cit., 1-24.

che assicura un giudice (che si afferma) preparato al suo ruolo; e che, proprio in quanto tale, *conosce le leggi*.

12.1.1. Jura novit curia: una tradizione in crisi?

Del resto, «[n]on si può giudicare senza sapere. Un uomo viene scelto come giudice appunto perché si ritiene che egli sappia quanto è necessario per giudicare»⁴⁶⁵; ed è su questa presunzione – più che su norme positive – che si basa la comune accettazione del principio *iura novit curia*. Infatti, quanto all'Italia, il fondamento normativo del principio non è ravvisabile nell'art. 113 c.p.c., «che prescinde dalla conoscenza della legge e solo vincola il giudice ad applicarla», ed «eguale discorso può farsi per l'art. 101 cost.»⁴⁶⁶; viceversa, in Francia, l'art. 12 CPC, dopo aver espresso all'*alinéa* 1 una regola simile a quella del nostrano art. 113 c.p.c., aggiunge che il giudice «*doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée*» (*alinéa* 2); con un'eccezione, però: «*[t]outefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat*»⁴⁶⁷.

Le discussioni quanto all'origine del principio, peraltro, impallidiscono rispetto a quelle relative alla latitudine di quest'ultimo: in estrema sintesi, esse sono da sempre state affrontate – nella prospettiva del rapporto tra giudice e parti e della rispettiva divisione dei ruoli – secondo una duplice direttrice: da un lato, la tendenziale assenza di un onere di allegazione e di prova delle norme di diritto poste a base della pretesa e, dall'altro, la possibilità, per il giudice, di riqualificare la fattispecie, prescindendo dalle indicazioni eventualmente fornite dalle parti. Ulteriormente restringendo il campo d'indagine alla prima delle due accezioni del principio, è noto che alla schematica ripartizione tratta dal brocardo e dal suo corollario, *da mihi factum, dabo tibi ius* (peraltro oggi, su un piano comparato, da

⁴⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova, 1926, 99.

⁴⁶⁶ VERDE, Giovanni, voce *Prova (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, § 22.

⁴⁶⁷ Ma sull'interpretazione restrittiva di tale ultima disposizione fornita dalla giurisprudenza, v. CAVALLINI, Cesare, *Iura novit curia (civil law e common law)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 762-763 e ID., *Why is the Iura Novit Curia Principle not applied yet in English Law?*, in *Global Jurist*, 2017, 17(3), § 1.

leggere piuttosto come «*donne-moi les faits, suggère-moi le droit, je te donnerai le droit*»⁴⁶⁸) si sono a lungo ritenuto fare eccezione *solo* il diritto straniero, la consuetudine ed il diritto antico, principalmente sulla base del presupposto che essi non rientrano nel patrimonio di conoscenze che è lecito attendersi dal giudice⁴⁶⁹.

Eppure, l'attualità del brocardo sembra messa in crisi, *anche* con riferimento al diritto nazionale, dall'iperlegificazione⁴⁷⁰: se già nel 1924 Cardozo⁴⁷¹, ricordando l'*Urtheiler* tedesco, riconosceva la necessità di un referente specialista, cui potessero rivolgersi i giudici per fronteggiare l'enorme espandersi e diversificarsi del diritto, e se negli anni '60 il Giudice Friendly notava che «*whereas it was not unreasonable to expect a judge to be truly learned in a body of law that Blackstone compressed into 2400 pages, it is altogether absurd to expect any single judge to vie with an assemblage of law professors in the gamut of subjects, ranging from accounting, administrative law and admiralty to water rights, wills and world law, that may come before his court*»⁴⁷², il problema è ben più antico. Infatti, «*[a]u moins depuis le Code Justinien, les juristes considèrent que, pour pasticher la formule de Laffer, "trop de lois tuent la loi"*»⁴⁷³; e, se oggi è ormai di moda *contare* le leggi – talora senza esser certi del risultato⁴⁷⁴ –, i numeri, in sé, «*anxiogènes soient-ils, [...] demeurent peu signifiants : outre que nul ne saurait dire quel est le volume idéal de normes pour un système tel que le droit français [ou italien] de 2018, ce volume, s'il est composé de normes stables et lisibles, n'est ni inflationniste, ni nécessairement nuisible*»⁴⁷⁵.

⁴⁶⁸ CHAINAIS, Cécile, *Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé*, in FLISE, Laurence - JEULAND, Emmanuel, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, cit., 31.

⁴⁶⁹ Per dirla con Calamandrei, mentre, di norma, «*[i]l principio iura novit curia ha due facc[e]: da un lato significa dovere del giudice di conoscere ed applicare d'ufficio la norma che fa al caso; dall'altro significa potere del giudice di ricercare ed applicare d'ufficio la norma che fa al caso*», «quando, invece che di applicare norme di diritto scritto vigente nello Stato, si tratta di ricercare ed applicare norme di diritto consuetudinario (e lo stesso vale per il diritto straniero, e per il diritto antico) il principio *iura novit curia* rimane in vigore soltanto in uno dei suoi due aspetti, come potere»: cfr. CALAMANDREI, Piero, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 120-121.

Sulla questione, v., più approfonditamente, *infra*, Capitolo IV.

⁴⁷⁰ CARPI, Federico, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1011, parla di «orgia legislativa».

⁴⁷¹ CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law*, New Haven, 1924, 11.

⁴⁷² FRIENDLY, Henry J., *Reactions of a Lawyer--Newly Become Judge*, in *Yale L.J.*, 1961, 220.

⁴⁷³ SOULAS DE RUSSEL, Dominique J.M. - RAIMBAULT, Philippe, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, in *RIDC*, 2003, 86.

⁴⁷⁴ TIVELLI, Luigi, *La fiera delle leggi*, in *Il mulino*, 2006, 904 ss.

⁴⁷⁵ DEUMIER, Pascale, *Mesurer l'inflation normative*, in *RTD civ.*, 2018, 612.

Ma, benché si condivida tale ultimo rilievo *in principio*, e sebbene non sia possibile rispondere alle implicite domande sottostanti, il dubbio è che lo stato attuale della produzione normativa (sistematicamente adeguato o meno che sia) abbia ormai superato la soglia della *maîtrise* del giudice; tantopiù in considerazione del ruolo della «*norme jurisprudentielle*» e, soprattutto, «*de son instabilité*»⁴⁷⁶, che rende *paradossale* la pretesa, recentemente avanzata dalla Corte di cassazione italiana, di rappresentare l'«unico veicolo di interpretazione del significato della legge “affidabile” per la collettività»⁴⁷⁷.

Appare, di conseguenza, particolarmente sintomatica la circostanza che persino il Consiglio di Stato italiano – organo che, come visto⁴⁷⁸, svolge anche una funzione preventiva di controllo dell'intelligibilità della legge e, più generalmente, della sua qualità – abbia finito per riconoscere i limiti della presunta onniscienza del giudice. In un criticato parere⁴⁷⁹ reso in materia di reclutamento professionale degli insegnanti, l'Alto consesso ha, infatti, ritenuto che, «stante la alluvionale produzione normativa di rango primario e secondario, soprattutto nel settore scolastico, la collaborazione dell'amministrazione appare essenziale ai fini dell'adeguata conoscenza dei parametri normativi regolatori della controversia»; e, tenuto conto anche della particolare natura degli atti normativi ivi coinvolti, ha ammesso che «[i]n tali condizioni, il fondamentale canone processuale condensato nel principio “*jura novit curia*”, desumibile dall'articolo 11[3] c.p.c.⁴⁸⁰, appare messo seriamente in crisi».

Al di là delle peculiarità del giudizio amministrativo, il Consiglio di Stato rileva infatti – in generale – che «[i]n tempi in cui le norme erano circoscritte a ben precise fattispecie, ridotte nel numero e di regola rapportabili a canoni di comportamento sociali universalmente riconosciuti, ovvero a regole di comune esperienza o di equità, era dato sostenere la necessaria conoscenza, da parte dei giudici, dell'esistenza e della consistenza delle leggi; ma, oggi, tenuto conto dell'incontrollabile aumento della produzione normativa a tutti i livelli della gerarchia delle fonti, per di più non sorrette da una logica o coscienza

⁴⁷⁶ DEUMIER, Pascale, *Mesurer l'inflation normative*, cit., 613.

⁴⁷⁷ Così Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Foro it.*, 2019, 1623, con nota di CAPASSO, Valentina, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità* (ove si è già avuto modo di criticare l'affermazione).

⁴⁷⁸ V. *retro*, § 4.2.3.

⁴⁷⁹ Cons. Stato, Sez. II, parere 24 ottobre 2007, n. 1677, in *Giur. it.*, 2018, 2687 ss., con nota di FONTANA, Gianpaolo, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*.

⁴⁸⁰ Per un'evidente svista, il testo originale fa riferimento all'art. 112 c.p.c. Peraltro, come già visto *supra*, in questo paragrafo, non appare corretto ricollegare il principio neppure all'art. 113 c.p.c.

comune o da una coerenza con principi e valori generali ma piuttosto da esigenze particolari e settoriali, spesso “imprevedibili”, ovvero ispirate a valori relativi a campi, come quelli previdenziale, edilizio, lavoristico, organizzativo, fiscale ecc., che nulla hanno a che vedere con i principi naturali, di comune “riconoscimento” sociale, appare arduo assegnare ai giudici un obbligo di conoscenza assoluto e incondizionato, come tale svincolato dall’onere di allegazione e collaborazione di parte».

Certo, le conseguenze ultime del responso – che, partendo dal presupposto che «il principio dell’inammissibilità assoluta dell’ignoranza della legge da parte del giudice non può spingersi oltre la soglia dell’impossibile», finisce per gravare la Pubblica Amministrazione di un «obbligo-onere di cooperazione istruttoria, sul piano delle allegazioni, che trascende il mero onere probatorio le quante volte si tratti di materie affastellate di norme di vario livello gerarchico e perciò di incerta vigenza e di provvedimenti amministrativi a contenuto sostanzialmente normativo» – appaiono suscettibili di valutazioni ambivalenti: da un lato, volendocisi arroccare sui principi, esse sarebbero da condannare, quale manifesto di «un atteggiamento palesemente rinunciatario che denota una chiara fuga dalla “responsabilità interpretativa” che pure dovrebbe connotare, in maniera inderogabile, l’esercizio della funzione giurisdizionale»⁴⁸¹; dall’altro, si potrebbe essere tentati di rinvenirvi la realizzazione estrema di quel principio di «collaborazione totale» evocato da Grasso⁴⁸², il quale, peraltro, pur riconoscendo «l’utilità dell’apporto della parte nella individuazione della norma», contestava la (già all’epoca manifestatasi) tendenza della giurisprudenza a parlare di un onere – comunque principalmente di *allegazione* – delle consuetudini e del diritto straniero⁴⁸³; o, ancora, si potrebbe tentare di circoscrivere il valore della pronuncia, osservando che le affermazioni del Consiglio di Stato circa la stratificazione della materia sono da ritenersi sovrabbondanti, la vera ragione giustificatrice del parere risiedendo nel tipo di fonti di cui si discuteva nel caso di specie (ovvero atti «aventi carattere giuridico, ma non normativo in senso tecnico» e altri «di portata normativa [...] puramente interna»⁴⁸⁴, entrambi, come tali, non soggetti ad adeguata pubblicità). Ed invero, sotto questo

⁴⁸¹ FONTANA, Gianpaolo, *C’era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2691.

⁴⁸² GRASSO, Eduardo, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.

⁴⁸³ *Ibid.*, 608-609.

⁴⁸⁴ Sotto questo profilo, l’affermazione non è nuova, anzi: sul punto, il Consiglio di Stato riprende le medesime parole di Cass., sez. II, 21 novembre 2000, n. 15014, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Consuetudine e uso*, n. 1; ma l’indirizzo del Giudice di legittimità è ancora più risalente: v. Cass., sez. lav., 15 settembre 1979, n. 4767, in *Mass. Giust. civ.*, 1979.

profilo la soluzione (pur in assenza di specifici appigli normativi) risponde alla stessa logica in base alla quale l'art. 369, comma 2°, n. 4, c.p.c. prescrive – invece espressamente – il deposito dei contratti e degli accordi collettivi su cui si fonda il ricorso per cassazione, a pena di improcedibilità dello stesso⁴⁸⁵.

In realtà, se non sembra potersi aderire alla visione catastrofista di Fontana⁴⁸⁶, questi pare cogliere nel segno nella misura in cui rinvie nella pronuncia *de qua* un significato che trascende dai limiti del caso concreto, sol che si ragioni sull'inciso – già riportato – in cui il Consiglio di Stato nota come, oggi, la disciplina di vaste aree del diritto risulti ormai retta da una logica propria, e pertanto non attingibile sulla base di quella «comune» o facendo ricorso a «principi e valori generali».

Infatti, la volta che si considerino le modalità concorsuali di selezione dei magistrati ordinari – dirette a testare una preparazione generale, e quindi di tipo estensivo, piuttosto che (circoscritto ma) intensivo – è agevole comprenderne l'implicito presupposto: verificare, al di là della mera conoscenza delle disposizioni normative, la capacità di ragionamento anche sistematico del futuro giudice, nella consapevolezza che questi raramente avrà la risposta in tasca, dovendola viceversa ricercare e – se del caso – *ricavare* dall'ordinamento. Ma, se questo è vero, è evidente che, quanto più un ramo del diritto devia dai principi generali e tende a costituirsi come sistema a sé, tanto più il tipo di preparazione richiesto e verificato in sede di concorso rischia di risultare inadeguato rispetto alle necessità concrete di chi, chiamato a decidere, si trovi a muoversi nell'ambito di tale settore. In sostanza, sembra potersi avanzare il dubbio che, in alcuni casi, anche la legge interna possa essere fuori della normale conoscenza/conoscibilità (intesa non necessariamente in senso assoluto, ma, in tempi di *proportionate justice*, rispetto allo sforzo – in ipotesi, eccessivo – richiesto all'organo giudicante con riferimento al singolo litigio), per certi versi *allo stesso modo* del diritto straniero. E, se ciò è tanto più vero in quei «settori in cui più forte è il vento del cambiamento e più marcato il fenomeno dell'internazionalizzazione», laddove «il giurista moderno [...] sempre meno può sperare di cavarsela con il solo bagaglio dei principi generali dell'ordinamento»⁴⁸⁷, il citato parere del Consiglio di Stato dimostra che il problema non

⁴⁸⁵ Onere che non a caso è derogato per i contratti collettivi di diritto pubblico, in considerazione (pure) della loro ben diversa accessibilità per il giudice: cfr. Cass., Sez. un., 4 novembre 2009, n. 23329, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Cassazione civile*, n. 198.

⁴⁸⁶ FONTANA, Gianpaolo, *C'era una volta il principio iura novit curia*, cit., 2693-2694.

⁴⁸⁷ RORDORF, Renato, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000, 270.

può essere circoscritto a tali ipotesi; né appare appagante la soluzione di chi, può avendo correttamente rilevato che «[i]l problema delle conseguenze dell'insuccesso dell'attività di ricerca delle fonti normative, svolta dal giudice al fine di rilevare la norma [...] si propone non solo per il diritto straniero, ma anche per le disposizioni normative nazionali scritte», (un po' troppo frettolosamente) conclude che, in tale ultimo caso, «non v'è che una soluzione: dare atto dell'assenza di una norma che tuteli la pretesa o l'eccezione e quindi rigettare l'una o l'altra per la loro infondatezza in diritto»⁴⁸⁸.

In realtà, sembra lecito dubitare che la questione debba necessariamente essere affrontata nell'ottica dell'alternativa bloccata tra dovere del giudice (e, dunque, limiti della sua legittima ignoranza) e onere delle parti, parendo viceversa possibile identificare due ulteriori opzioni.

La prima è costituita dalla perizia giuridica, di cui, tuttavia, si ritiene opportuno rinviare la trattazione⁴⁸⁹; la seconda risiede in un inedito angolo visuale dal quale osservare il principio *iura novit curia*: quello dell'eventuale esistenza di un obbligo, in capo al legislatore, di assicurare che il percorso di selezione, prima, e la concreta adibizione alle funzioni, poi, garantiscano all'utente di giustizia il giudice più adeguato, nel senso – già visto – di dotato delle «conoscenze tecniche» richieste per *quel* tipo di controversia, ivi incluse quelle giuridiche.

In effetti, nel quadro della già evidenziata tendenza ad aumentare il tasso di onerosità dell'accesso alla giustizia, e in assenza di un immediato divieto costituzionale, nulla parrebbe ostare all'ulteriore aggravio della posizione delle parti, ben potendosi «concepire un processo in cui sia l'attività di rilevazione del fatto, sia l'attività di rilevazione della norma vengano riservate»⁴⁹⁰ a queste ultime. Del resto, l'esperienza di *common law*, cui il principio *iura novit curia* è a lungo stato⁴⁹¹ e – nonostante gli sforzi della dottrina più recente⁴⁹²,

⁴⁸⁸ PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, cit., 137-138.

⁴⁸⁹ V. *infra*, § 24.4.2.

⁴⁹⁰ PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, cit., 16.

⁴⁹¹ MANN, Frederick A., *Fusion of the Legal Professions*, in *Law Q.R.*, 1977, 369; ANDREWS, Neil H., *The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014*, 3 febbraio 2014, su <https://ssrn.com/abstract=2399103> (ultimo accesso: 12.04.2019), 14 ss.

⁴⁹² JOLOWICZ, John A., *Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law*, in ID., *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000, 186 ss.; CAVALLINI, Cesare, *Iura novit curia (civil law e common law)*, cit., 754 ss. e ID., *Why is the Iura Novit Curia Principle not applied yet in English Law?*, cit.

almeno nelle dichiarazioni di principio⁴⁹³ – resta *tendenzialmente* estraneo⁴⁹⁴, dimostra che l'idea della necessaria inerenza dello stesso alla funzione giurisdizionale⁴⁹⁵ non è che il frutto della tradizione. Il che, certo, può in qualche misura concorrere a spiegare le affermazioni pro-generalismo da un punto di vista *storico*: come è stato rilevato, «[s]i *les magistrats ne sont pas spécialisés, c'est aussi parce que le procès est accusatoire, qui laisse aux parties la responsabilité du déroulement du procès. Un juge est donc avant tout un ancien brillant avocat qui justifie d'une dizaine d'années d'expérience*»⁴⁹⁶. Ora, al di là del notoriamente riconosciuto progressivo attenuarsi delle differenze tra sistema accusatorio (tipicamente anglosassone) ed inquisitorio (di stampo continentale)⁴⁹⁷, pare lecito sospettare che, nel lungo periodo in cui si è formata e tramandata la tradizione, l'idea del giudice-arbitro imparziale abbia pesato sulle modalità di selezione dello stesso: egli, in quanto garante del corretto svolgersi della procedura, avrebbe dovuto essere formato sul campo (di qui, la storica selezione tra i *barristers*); in quanto tenuto a giudicare su quanto dedotto dalle parti (in termini non solo di *fatto*, ma anche di *diritto*), invece, non avrebbe avuto bisogno di essere realmente esperto in un dato settore di diritto sostanziale⁴⁹⁸.

Ma la tradizione sembra oggi sempre più spesso piegarsi innanzi alle esigenze *lato sensu* economiche dello Stato: basti pensare alla (opposta) esperienza sovietica che, per

⁴⁹³ V. *Darlington Borough Council v Wiltshier Northern Ltd* [1994] EWCA Civ 6 (ove Steyn LJ definisce le Corti inglesi come «*hostages of the arguments deployed by counsel*»); *Copeland v Smith* [2000] 1 WLR 1371 (in cui Broke LJ biasima la mancata allegazione di un'authority recente, posto che «*English judges are almost invariably in a position to give judgment at the end of a straightforward hearing without having to do their own research and without the state having to incur the cost of legal assistance for judges because they cannot rely on the advocates to show them the law they need to apply*»).

Del resto, anche in Francia si è a lungo discusso se quella del giudice sia un'obbligazione o una mera facoltà di riqualificazione: v. MARTIN, Raymond, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, in *Rec. Dalloz* 1990, 163 ss.; ID., *Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ?*, *ivi*, 1994, 308 ss.; ID., *Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée*, *ivi*, 2005, 1444 ss.

⁴⁹⁴ Né tale fenomeno è storicamente riconducibile ai soli ordinamenti di *common law*: come ricorda PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, cit., 48, teso e nota 134, in alcune province argentine si considera(va) fatto – come tale da provare – non solo il diritto straniero, ma persino quello di altre province.

⁴⁹⁵ Così PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, cit., 18, che tuttavia ritiene «essenziale all'esercizio della giurisdizione non [...] un particolare modo di acquisizione del testo normativo, ma la autonomia e la libertà del giudice nella rilevazione e nella determinazione della norma» (*ibid.*, 19-20).

⁴⁹⁶ MASTOR, Wanda, *Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges*, cit., 218.

⁴⁹⁷ Su cui v., tra gli altri, TARUFFO, Michele, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, 345 ss.

⁴⁹⁸ Alla stessa filosofia sembra tuttora ispirato il sistema del Quebec, dove i giudici, una volta selezionati, ricevono un *training* squisitamente processuale, con un forte *focus* sul *case management*: cfr. Prof.ssa Geneviève Saumier, *Peter M. Laing Q.C. Professor of Law* presso la McGill University, intervistata in data 18.04.2019.

quanto ancora ideologicamente legata alla sua «versione originaria [...] fondata sulla forte attenuazione dell'iniziativa di parte e sulla sostanziale abolizione del potere di disposizione ad opera delle parti sugli strumenti probatori», nella pratica «vede oggi [...] l'attribuzione pressoché totale alle parti della responsabilità del carico della prova, con la diffusa disapplicazione dei poteri istruttori tuttora riconosciuti ai giudici», e ciò «essenzialmente in ragione dell'aumentata litigiosità»⁴⁹⁹.

Ciò detto quanto alla relatività dell'idea al fondo del principio *iura novit curia*, ad un esame meno superficiale, un'obbligazione dello Stato di garantire un giudice idoneo – e quindi dotato della «preparazione tecnico-professionale [...] necessaria perché sia assicurata la (probabilità dell')obiettività del suo giudizio»⁵⁰⁰ – può rinvenirsi sia in Italia che in Francia: nella prima, sulla base di un ragionamento *a fortiori* che muove dagli artt. 102, comma 2°, e 108 Cost.⁵⁰¹; nella seconda, nell'art. 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Infatti, se è vero che la disposizione, nel prevedere che «[t]ous les citoyens étant égaux», essi sono «également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents», rinvia immediatamente al diritto di accedere alle cariche pubbliche – ivi compresa quella di magistrato –, subordinatamente al possesso dei «talenti» a tal fine richiesti, essa parrebbe anche potersi leggere, in senso inverso, come fonte di un'aspettativa di particolare qualificazione dei detentori di quelle stesse cariche. Da questo punto di vista, allora, si comprende l'indignazione dell'anonimo che – sulle pagine della *Recueil Dalloz* – denunciava, prima della riforma del concorso principale, l'incongruenza nella scelta delle materie obbligatorie (come l'«*interrogation orale sur le droit social*», *alors que, si cette matière nourrit un contentieux abondant, elle est en perpétuelle évolution et relève davantage de la politique que du droit [...] A ce compte, le droit rural est bien plus formateur*») e facoltative (dovendo i candidati scegliere, nel corso della seconda prova d'ammissione, «*entre le droit administratif dont ils n'auront vraiment besoin que de manière marginale [...] et le droit commercial qui ne leur sera indispensable que s'ils sont affectés*

⁴⁹⁹ DONDI, Angelo - ANSANELLI, Vincenzo - COMOGLIO, Paolo, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*², Milano, 2018, 40-41.

⁵⁰⁰ ANDOLINA, Italo - VIGNERA, Giuseppe, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*², Torino, 1997, 47.

⁵⁰¹ *Ibid.*, 47 ss.

en cour d'appel à une chambre commerciale ou s'il n'y a pas de tribunal de commerce dans le ressort»⁵⁰².

A ciò si aggiunga, più in generale, il principio di buona amministrazione della giustizia⁵⁰³: in sostanza, si potrà anche essere «nostalgici della figura del pretore mandamentale, che assolveva egregiamente i propri compiti con il conforto dei quattro codici e di qualche legge complementare stampata in appendice», così come «del medico condotto»⁵⁰⁴, ma dinanzi alla constatazione che, in alcuni settori, il giudice «[n]on solo [...] trova difficoltà persino nel reperimento dei molti e frammentati testi regolamentari; non solo può risultargli poco chiaro il significato stesso di singole norme in cui siano adoperate espressioni tecniche di settore, ma soprattutto rischia di fallire nel compito più importante e delicato: il compito di riempire le clausole generali con un contenuto che può nascere solo dalla conoscenza e dalla comprensione della sottostante realtà, degli interessi che la innervano e del modo in cui concretamente è possibile assicurare tutela a quelli che ne sono meritevoli»⁵⁰⁵, sicché «è il valore stesso della giurisdizione a subire una perdita secca»⁵⁰⁶, viene da chiedersi se gli interessi corporativi della magistratura⁵⁰⁷ giustifichino il sacrificio, sull'altare dell'uguaglianza ad ogni costo dei magistrati, «[de]lle esigenze [...] dei destinatari del servizio»⁵⁰⁸, influenzando tanto le ripartizioni degli incarichi all'interno delle giurisdizioni, sia, a monte, le modalità di reclutamento dei giudici stessi.

12.2. – Le modalità di selezione dei magistrati «ordinari»: volpi, non ricci

La contrapposizione tra generalisti e specialisti viene spesso ricondotta a quella, disegnata da Berlin⁵⁰⁹ e più di recente ripresa, sotto altra accezione, da Dworkin⁵¹⁰, fra

⁵⁰² FLAVIUS, Gnaeus, *Jura novit curia*, in *Rec. Dalloz*, 2007, 3081 ss.

⁵⁰³ V. *retro*, § 6.1.

⁵⁰⁴ RORDORF, Renato, *La professionalità dei magistrati*, cit., 273.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, 271.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, 272.

⁵⁰⁷ VERDE, Giovanni, *Il giudice fra specializzazione e «diritto tabellare»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 135; RORDORF, Renato, *La professionalità dei magistrati*, cit., 272.

⁵⁰⁸ Verde, Giovanni, *Il giudice fra specializzazione e «diritto tabellare»*, cit., 137.

⁵⁰⁹ BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and The Fox. An essay on Tolstoy's view of history*, London, 1953, 1-2.

⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011, 1.

hedgehogs – che vedono la vita ed orientano le proprie azioni ed il proprio pensiero alla luce di un'unica idea – e *foxes*, che, invece, perseguono scopi diversificati e finanche contraddittori, in quanto capaci di cogliere l'essenza di molteplici esperienze ed oggetti. E, come prevedibile, il buon giudice è (ritenuto essere) una volpe.

Peraltro, se la forza immaginifica può spiegare il successo del riferimento faunistico, l'impressione è che il senso della contrapposizione, attraverso i progressivi richiami, sia stato eccessivamente esteso: nata con valore più che altro classificatorio di esponenti delle arti e delle scienze rispetto ai quali sarebbe ozioso cercare di discutere della superiorità dell'uno o dell'altro⁵¹¹, essa è stata dapprima traslata nel settore del *constitutional decision making*⁵¹² e poi nel campo giudiziario *tout court*. Tuttavia, se il primo passaggio può essere comprensibile *in generale*, vista l'indubbia natura (anche) politica – ed in quanto tale verosimilmente necessitante di una capacità di visione a 360° equiparabile a quella (che dovrebbe essere *propria*) del legislatore – del ruolo svolto dalle Corti costituzionali, indipendentemente dall'ordinamento giudico di appartenenza, e se il secondo può giustificarsi *con specifico riferimento* ai sistemi di *common law* per il tradizionale ruolo creativo ivi riconosciuto al giudice – e, con particolare riferimento al sistema statunitense, per la legittimazione data dalla rappresentatività, diretta o indiretta, implicita nei sistemi di reclutamento dei magistrati⁵¹³ –, resta che persino in relazione a questi ultimi si tende a distinguere tra funzioni precipuamente esercitate dalle *trial courts* rispetto a quelle proprie delle Giurisdizioni superiori⁵¹⁴. Non appare, quindi, un caso che la famosa difesa del giudice generalista ad opera di Posner – basata, tra l'altro, sull'argomento che è difficile immaginare la specializzazione «*in an ideology*»⁵¹⁵, quale sarebbe inevitabilmente il caso per il giudice – sia espressamente costruita pensando alla figura dell'*appellate judge*⁵¹⁶.

⁵¹¹ Per Berlin, personaggi quali Dante, Platone, Pascal, Hegel, Dostoevsky e Nietzsche, Ibsen, Proust sarebbero *hedgehogs*; Shakespeare, Aristotele, Montaigne, Moliere, Goethe, Balzac, Joyce, *foxes*: cfr. BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and The Fox*, cit., 2.

⁵¹² FARBER, Daniel A. - SHERRY, Suzanna, *Building a Better Judiciary*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, 2010, 288.

⁵¹³ MASTOR, Wanda, *Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général*, cit., 216.

⁵¹⁴ «*Trial courts primarily serve the dispute resolution function, supreme courts serve the law declaration function, and intermediate appellate courts fall somewhere in the middle*»: cfr. OLDFATHER, Chad M., *Judging, Expertise and the Rule of Law*, in *Washington Un. L.R.*, 2012, 868.

⁵¹⁵ POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function*, in *S. Cal. L.R.*, 1983, 780.

⁵¹⁶ *Ibid.*, 777.

Certo, vi sono stati momenti storici in cui si è potuto – a ragione – parlare di «supplenza politica»⁵¹⁷ anche da parte dei giudici *civilian*, peraltro legittimata da chi riteneva i poteri dello Stato sostanzialmente fungibili nell’obiettivo di risoluzione dei problemi, sicché l’attività dell’uno ben avrebbe potuto sopperire alle carenze dell’altro⁵¹⁸; tuttavia, il tempo dei pretori d’assalto è finito, ed il problema di colmare le lacune lasciate dal legislatore – immanenti nella stessa impossibilità di immaginare, e quindi regolare, ogni singola ipotesi suscettibile di verificarsi, ed aggravate da una tecnica normativa non sempre ideale – è stato affiancato, se non superato⁵¹⁹, da quello di orientarsi dinanzi all’«inflazione legislativa»⁵²⁰. Così, se non può certo escludersi che nella decisione del singolo magistrato pesino (anche) le sue convinzioni *lato sensu* politiche⁵²¹ – e non solo nei casi in cui sia lo stesso legislatore a delegargli il compito di riempire di significato categorie aperte –, e se dinanzi alle decisioni delle Corti di vertice⁵²², anche quando ideologicamente orientate, ci si potrà al limite indignare, ma nulla più, non pare davvero il caso di passare dalla *constatazione* dell’inevitabile all’implicita *legittimazione*, quale quella che si nasconde dietro le affermazioni che accomunano le caratteristiche personali desiderabili (e, così, il ruolo) del giudice e del politico. Infatti, se è vero che il giudice «si trova di fronte ai fenomeni sociali e politici nella stessa posizione [...] in cui trova di fronte ai fenomeni scientifici: ne conosce cioè quel tanto (o quel poco) che rientra nei confini abbastanza ristretti della “cultura generale”», egli «non può essere l’organo più idoneo all’esercizio di quella forma di potere discrezionale che richiede prima di tutto una aderente nozione della realtà»⁵²³. Ma allora, «non si vede perché la “cultura generale”, se non basta per la fissazione di tutte le regole

⁵¹⁷ GIULIANI, Alessandro - PICARDI, Nicola, *Professionalità e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 260.

⁵¹⁸ LUHMANN, Niklas, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, 59 ss.

⁵¹⁹ *V. retro*, § 12.1.1.

⁵²⁰ Tanto che deve, forse, oggi invertirsi l’affermazione di GIULIANI, Alessandro - PICARDI, Nicola, *Professionalità e responsabilità del giudice*, cit., 257-258, per cui essa «non consiste[rebbe] tanto nella moltiplicazione delle leggi, quanto nella svalutazione della legge».

⁵²¹ Intese, però, come puramente personali: il sistema di reclutamento attuale, pur con tutti i suoi difetti, consente di affermare che «a nessuno può venire il sospetto che la selezione dei magistrati risponda alle logiche della politica», a differenza di quanto ipotizzabile con riferimento alla nomina dei membri delle Autorità amministrative indipendenti: cfr. SCARSELLI, Giuliano, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro it.*, 2003, 237.

⁵²² Il cui ruolo *concreto*, ormai, non si distingue più da quello svolto dalle omologhe Corti supreme di *common law*: cfr. DONDI, Angelo - ANSANELLI, Vincenzo - COMOGLIO, Paolo, *Processi civili in evoluzione*, cit., 16.

⁵²³ BIONDI, Pompeo, *La perizia giuridica (concetto e teoria generale)*, Firenze, 1935, 48.

tecniche necessarie alla decisione, dovrebbe bastare, *sempre*, per la fissazione delle regole politiche»⁵²⁴.

Ciò chiarito in principio, deve prendersi atto che i sistemi di formazione (prima) e di selezione (poi) dei magistrati mirano tendenzialmente a produrre soggetti che «*kno[w] many things*», e non «*one big thing*»⁵²⁵: così è certamente negli Stati Uniti, dove l'insegnamento mediante il metodo socratico nelle *Law Schools* incita gli studenti ad analizzare i problemi sotto una molteplicità di sfaccettature e punti di vista, e dove la pratica forense – richiedendo spesso un lavoro collaborativo – espone i novelli *lawyers* a continui stimoli diversificati⁵²⁶. D'altro canto, è proprio la vocazione professionalizzante dei corsi post-universitari⁵²⁷ a spostare il baricentro dell'insegnamento verso il diritto processuale⁵²⁸; e, benché il primo e naturale sbocco del percorso nelle *Law Schools* sia quello dell'avvocatura, la cultura e la *forma mentis* ivi sviluppate, «poste le caratteristiche istituzionali di tale contesto» diventano proprie «anche del giudiziario»⁵²⁹. Viceversa, gli accademici, monadi solitarie, iperconcentrate sulla propria *scholarship*, tendenzialmente alienati da ciò che accade intorno a loro e sostanzialmente tenuti a rispondere a nessuno, sarebbero – con le dovute eccezioni – i meno adatti a ricoprire il ruolo di giudice⁵³⁰.

Seguendo questo ragionamento, sarebbero da condannare tanto la procedura di nomina diretta in qualità di uditore presso l'*Ecole Nationale de la Magistrature* (ENM),

⁵²⁴ *Ibid.*, 49. Ed invece, come si vedrà nel Capitolo III, è ancora una volta il parallelo con la politica a giustificare – per alcuni – l'attuale rapporto di forze tra giudice e consulente tecnico.

⁵²⁵ BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and The Fox*, cit., 1.

⁵²⁶ FARBER, Daniel A. - SHERRY, Suzanna, *Building a Better Judiciary*, cit., 289-290.

⁵²⁷ DONDI, Angelo, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2013, 105 ss.

⁵²⁸ Si direbbe, quindi, che la comune preparazione prettamente processuale dei giudici di common law, che si è già tentato di spiegare come collegata al(l'antico) carattere squisitamente *adversarial* del processo, trovi negli Stati Uniti una ragione ulteriore nell'adozione del c.d. metodo langdelliano (peraltro, non interamente attribuibile a Christopher Columbus Langdell: v. CHASE, Anthony, *The Birth of the Modern Law School*, in *Am. J. Legal Hist.*, 1979, 329 ss.).

⁵²⁹ *Ibid.*, 108.

⁵³⁰ FARBER, Daniel A. - SHERRY, Suzanna, *Building a Better Judiciary*, cit., 290-291.

In effetti, una delle eccezioni più note in Francia ha riguardato la nomina a *conseiller en service extraordinaire* di Frédéric Jenny, Professore di... economia (cfr. CHARBIT, Nicolas, *Frédéric Jenny : Un économiste à la Cour*, in *Concurrences*, 2005, n°12077, 5 ss.), verosimilmente per rispondere all'esigenza – anche – di affrontare con la necessaria *expertise* le decisioni delle Autorità garanti: cfr. PERROUD, Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Thèse de doctorat, Paris, 2011, 846, n° 1413. In altri termini, l'Accademia può varcare le soglie della Corte suprema, purché sia portatrice di competenze *diverse* da quelle giuridiche.

aperta anche a profili squisitamente accademici⁵³¹, quanto la nomina a consigliere di Cassazione per meriti insigni, che, già prevista dall'art. 106, comma 3°, Cost., ha (significativamente?) ricevuto attuazione solo 50 anni dopo l'entrata in vigore della Carta⁵³²; mentre passerebbero al vaglio le selezioni concorsuali⁵³³, tutte caratterizzate – nonostante indubbie diversità, non solo di dettaglio⁵³⁴ – da una tendenziale perpetuazione del percorso universitario⁵³⁵. I candidati infine selezionati, dopo aver verosimilmente studiato dagli stessi libri e seguito gli stessi corsi di preparazione⁵³⁶, finiscono così per essere *Jack of all trades, master of none*.

Ora, la necessità di una preparazione generale di base non si discute: come in ogni professione, saranno «specializzati» quei soggetti che, «già dotati di un'ampia e solida preparazione e di una significativa esperienza di carattere generalista, abbiano saputo e potuto progressivamente approfondire la conoscenza teorica e pratica di una o più particolari materie»⁵³⁷; ma vien fatto di domandarsi se oggi sia ancora necessario che della preparazione di base, quale testata nel concorso, facciano parte *tutte e sempre* le branche attualmente ivi inserite, o non sia forse il caso – individuato un tronco comune – di cominciare la differenziazione dei percorsi (che, dopo la revisione della geografia giudiziaria, sarà verosimilmente sperimentata all'atto della presa delle funzioni) già nel momento della selezione.

A questo proposito, può richiamarsi l'esempio tedesco, che mostra come, su una preparazione tendenzialmente onnicomprensiva, possa poi innestarsi una specializzazione,

⁵³¹ Art. 18-1 *Ordonnance* n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (c.d. *recrutement sur titres*).

⁵³² Con l. 5 agosto 1998, n. 303, "Nomina di professori universitari e di avvocati all'ufficio di consigliere di cassazione, in attuazione dell'articolo 106, terzo comma, della Costituzione".

⁵³³ Art. 123-ter R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 e art. 17 *Ordonnance* n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

⁵³⁴ Come noto, infatti, il concorso per uditore giudiziario rappresenta l'ultimo *step* per l'aspirante magistrato, laddove quello francese – comunque tripartito in esterno, interno e laterale – costituisce condizione per l'accesso alla formazione (di 31 mesi) erogata dall'ENM, al termine della quale è previsto un ulteriore esame.

⁵³⁵ La differente modalità di esame – esclusivamente teorica quella italiana, di tipo misto quella francese – riflette, infatti, l'organizzazione degli studi universitari: benché DONDI, Angelo, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, cit.,

⁵³⁶ Il fenomeno non è, infatti, un'esclusiva italiana: come notava la vice-direttrice agli *stages* presso l'ENM nel 2007, «*le profil de l'auditeur de justice promotion 2007 est sensiblement identique à celui des promotions précédentes soit une jeune femme de 25 ans issue du 1er concours, titulaire d'un diplôme du 3ème cycle, qui s'est préparée au concours à l'Institut d'Etudes Judiciaires de l'université PARIS II*»: cfr. MCKEE, Jean-Yve, *Le recrutement et l'avancement des juges français*, 6 mars 2007, su www.courdecassation.fr (accesso il 18.03.19).

⁵³⁷ CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Soc.*, 2012, 809.

come *quid pluris*: benché ovviamente mutato dai tempi in cui scrivevano Cappelletti⁵³⁸ e Langbein⁵³⁹, in Germania «*le modèle du Einheitsjurist (juriste unitaire) a été maintenu, qui suppose que jusqu'à la fin de leurs études, les étudiants en droit – même en optant pour une spécialisation – suivent des cours tant en droit privé qu'en droit public et en droit pénal et que lors des deux grands examens d'État, ces trois grands champs fassent l'objet de plusieurs examens écrits chacun d'une durée de cinq heures*»⁵⁴⁰; ma, già nel corso del primo esame di Stato, il 30 % del voto globale è parametrato sul risultato di un esame su materia opzionale a scelta del candidato (*Schwerpunktbereich*)⁵⁴¹. Inoltre, se è vero che il successivo periodo di *stage* risulta fortemente polivalente⁵⁴² e che all'esito del secondo esame di Stato sarà solo il voto a discriminare tra futuri avvocati e magistrati⁵⁴³, la presenza di 5 ordini di giurisdizioni (ordinaria, civile e penale; del lavoro; amministrativa; sociale; fiscale)⁵⁴⁴, per ciascuna delle quali il reclutamento è affidato al relativo Ministero, fa sì che i candidati alla carriera giudiziaria possano scegliere *ab origine* la propria futura specializzazione⁵⁴⁵; e che, una volta reclutati, essi tendenzialmente vi restino sino alla pensione⁵⁴⁶.

Ad ogni modo, che il sistema la faciliti (o comunque la desideri) o meno, la specializzazione si manifesta, nella prassi, sotto una molteplicità di forme.

⁵³⁸ CAPPELLETTI, Mauro, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania. La crisi delle professioni giudiziarie in Italia: problemi e rimedi*, Milano, 1957.

⁵³⁹ LANGBEIN, John H., *The German Advantage in Civil Procedure*, in *Un. Chi. L.R.*, 1985, 848-853.

⁵⁴⁰ FERRAND, Frédérique, *La spécialisation des juges en Allemagne*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges*, cit., 188.

⁵⁴¹ *Ibid.*, 188.

⁵⁴² *Ibid.*, 189.

⁵⁴³ *Ibid.*, 189-190.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 185-186.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, 190 e 196. Peraltro, «[p]our éviter une spécialisation prématurée, il est toutefois exigé du magistrat débutant qu'il passe par le parquet un ou deux ans même s'il souhaite devenir juge du siège ou a débuté comme juge du siège. Une fois la période de stage terminée, le magistrat peut ou bien rester généraliste (c'est le cas du juge cantonal qui connaît d'affaires diversifiées), ou bien se spécialiser en se voyant par exemple affecté à la chambre commerciale du Tribunal régional»: cfr. *ibid.*, 198.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, 196.

12.3. – *Forme striscianti di specializzazione*

12.3.1 *L'opinion assignment negli Stati Uniti*

In effetti, è proprio la sede prima del mito del giudice onnisciente a mostrare i più rilevanti segnali contrari: anzitutto, come sottolinea Baum⁵⁴⁷, l'impressione del generalismo diffuso non è altro che la conseguenza dell'essersi gli studiosi americani focalizzati soprattutto su Corti di *general jurisdiction* (in particolare, le Corti supreme federale e nazionali), così offuscando tanto la presenza di una serie di uffici giudiziari federali dotati di competenza più ristretta (come la *Tax Court* e la *Court of Appeals for the Armed Forces*), tanto la reale organizzazione di numerose *district Courts*: a dispetto di quanto sembrerebbe doversi desumere dall'organigramma di queste ultime, infatti, accade spesso che singoli giudici vengano assegnati – temporaneamente o permanentemente – alla trattazione dei casi relativi ad una determinata materia. Ad esempio, se l'*organization chart* del sistema giudiziario dello Stato dell'Illinois ufficialmente conosce un solo tipo di *trial Court* (la *Circuit Court*), a Chicago, nel tempo, sono esistite almeno 13 tipi di Corti criminali specializzate⁵⁴⁸.

Ma la specializzazione *de facto* va ben oltre tali esempi, come dimostrano gli studi – alcuni dei quali, ormai, risalenti – relativi ai meccanismi e alle dinamiche che sottendono l'*opinion assignment*: inizialmente concentrati sulla *Supreme Court* federale⁵⁴⁹, essi hanno poi dato la stura ad un filone di indagini analoghe nell'ambito delle Corti d'appello, che risultano – a fini comparatistici – finanche più interessanti.

Anzitutto, infatti, nello stesso sistema statunitense appare avere poco senso estendere alle seconde i risultati conseguiti nello studio della prima⁵⁵⁰, poste le rilevanti differenze strutturali e ambientali che rispettivamente le contraddistinguono; in secondo luogo, proprio le caratteristiche distintive delle *Appellate Courts*, in quanto in larga parte comuni a quelle delle giurisdizioni continentali (di qualunque grado), ne rendono possibile il raffronto con queste ultime.

⁵⁴⁷ BAUM, Lawrence, *Specializing the Courts*, Chicago-London, 2011, 3.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, 3 e 95 ss.

⁵⁴⁹ ULMER, Sidney, *The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court*, in *J. Pol.*, 1960, 640-; SCHMIDHAUSER, John R., *Judicial Behavior and the Sectional Crisis of 1837-1860*, *ivi*, 1961, 615 ss.

⁵⁵⁰ FRIEDMAN, Barry, *Taking Law Seriously*, in *Persp. Pol.*, 2006, 265; nello stesso senso, CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, in *Stanford L.R.*, 2008, 529.

La Corte Suprema, invero, in quanto *agenda-setting Court*, è dotata di piena discrezionalità nella scelta dei casi da trattare – sì da poter tenere sotto controllo il proprio *caseload* – e, per il limitato numero di giudici che la compongono, è solita risolverli *en banc*⁵⁵¹; ciò che, a propria volta, restringe la scelta dei possibili relatori. Inoltre, il forte carico politico di cui è portatrice la Corte – dalla nomina del *Chief Justice*, che viene eletto dal Presidente, con il consenso del Senato, alla concreta selezione dei casi, spesso più opinabili sotto il profilo della *policy* che del *legal reasoning*⁵⁵² – si riflette anche nelle scelte in materia di *opinion assignment*: l’attribuzione del compito ad un determinato *Justice* può spiegarsi, ad esempio, con la volontà di promuovere un’immagine obiettiva della Corte (come accade quando la redazione di un’opinione liberale è attribuita ad un giudice notoriamente conservatore⁵⁵³); ancora, nelle materie maggiormente controverse – nelle quali è verosimile il crearsi di una maggioranza risicata, la scelta del relatore⁵⁵⁴ diviene particolarmente delicata, essendo egli gravato, allo stesso tempo, della necessità di «*maximiz[e] the potential for a successful majority coalition*» e di «*mak[e] a potentially controversial decision more palatable to those who might oppose it*»⁵⁵⁵. E, quand’anche – come pure si è verificato – vi si riscontri una certa specializzazione per materia dei singoli componenti del collegio⁵⁵⁶, la loro scelta da parte del *Chief Justice*⁵⁵⁷ pare influenzata più che altro dalla circostanza che essi abbiano «*the same or similar ideological views as himself*»⁵⁵⁸.

⁵⁵¹ NASH, Jonathan R., *Expertise and Opinion Assignment on the Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, in *Fl. L.R.*, 2015, 1613.

⁵⁵² CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 529.

⁵⁵³ ULMER, Sidney, *The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court*, cit., 642.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, 644.

⁵⁵⁵ ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals: The Question of Issue Specialization*, in *West. Pol. Q.*, 1974, 413.

⁵⁵⁶ MALTZMAN, Forrest - WAHLBECK, Paul J., *May It Please the Chief? Opinion Assignments in the Rehnquist Court*, in *Am. J. Pol. Sc.*, 1996, 437; BRENNER, Saul - SPAETH, Harold J., *Issue Specialization in Majority Opinion Assignment on the Burger Court*, in *West. Pol. Q.*, 1986, 522 e 524; BRENNER, Saul, *Issue Specialization as a Variable*, cit., 1220-1221.

⁵⁵⁷ È necessario precisare che – in linea generale: ma v., per esempi contrari, CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 527 nota 35 e 548 nota 94 – l’assegnazione è compiuta dal Presidente della Corte solo quando abbia votato con la maggioranza (dalla quale deve essere tratto il relatore); altrimenti, tale potere spetta al «*senior justice in the majority*»: cfr. ULMER, Sidney, *The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court*, cit., 641. Peraltro, il verificarsi della prima ipotesi è statisticamente molto più frequente: ad esempio, nell’ambito della Warren Court, l’82% delle *opinions* in materia di libertà civili sono state assegnate dal *Chief Judge* (cfr. BRENNER, Saul, *Issue Specialization as a Variable in Opinion Assignment on the U. S. Supreme Court*, in *J. Pol.*, 1984, 1220). Una percentuale simile – intorno all’80-85% – si è registrata nella Rehnquist Court: cfr. MALTZMAN, Forrest - WAHLBECK, Paul J., *May It Please the Chief?*, cit., 423 nota 1.

⁵⁵⁸ BRENNER, Saul, *Issue Specialization as a Variable*, cit., 1221.

Al contrario, le *Appellate Courts*, quali *error-correcting Courts*⁵⁵⁹, sono di norma destinatarie di impugnazioni garantite dalla legge⁵⁶⁰, il che rende loro impossibile regolarne il flusso⁵⁶¹; inoltre, essendo composte da un numero abbastanza elevato di *Justices* e decidendo in *panels* di 3 membri⁵⁶², la rotazione dei giudici è molto più frequente. Ne deriva un ridimensionamento del ruolo del *Chief Justice* – che, comunque, viene selezionato in base all’anzianità, e non in dipendenza del suo orientamento politico⁵⁶³ – nella distribuzione delle *opinions*; di conseguenza, ferma restando la regola tendenziale dell’uguale *workload* fra giudici⁵⁶⁴, la scelta concreta del relatore sembra rispondere più che altro a logiche organizzative. Così, in particolare, è stato dimostrato che la riscontrata ricorrenza nell’assegnazione delle *opinions* relative ad una determinata materia a specifici giudici – troppo distante dalla media per non essere *deliberata*⁵⁶⁵ – è motivata da esigenze di efficienza.

Dinanzi al vertiginoso aumento del contenzioso⁵⁶⁶, infatti, anche negli Stati Uniti – come in molti Stati europei – la prima reazione del Congresso, posta la necessità di porre un freno all’incremento del *caseload* per giudice, è stata quella di procedere periodicamente ad un «*boost in the allotment of circuit judges*»⁵⁶⁷; così come i giudici stessi hanno tentato di ridurre la durata dei procedimenti semplicemente agendo sulle modalità redazionali delle *opinions*, progressivamente rimpiazzando le *signed opinions* con *per curiam opinions*, che, essendo scritte in nome della Corte, risultano di formazione più rapida⁵⁶⁸. Ancora, un

⁵⁵⁹ NASH, Jonathan R., *Expertise and Opinion Assignment on the Courts of Appeals*, cit., 1613.

⁵⁶⁰ Si è, infatti, visto *retro*, §§ 4.2 ss., che, se in Francia non sono (ancora) previsti filtri alle impugnazioni, quelli italiani, implicando una conoscenza nel merito della causa, si rivelano ben poco efficaci; viceversa, ogni Giudice – soprattutto in grado di impugnazione – può presumersi capace di regolare il proprio *caseload* utilizzando strumentalmente a tal fine pronunce in rito: cfr. CAPASSO, Valentina, *Il filtrage des pourvois alla Cassazione francese tra comparazione e analisi economica del processo*, cit.

⁵⁶¹ ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals*, cit., 409 ss.

⁵⁶² CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 547.

⁵⁶³ NASH, Jonathan R., *Expertise and Opinion Assignment on the Courts of Appeals*, cit., 1615.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, 1602, testo e nota 1.

⁵⁶⁵ CHENG, Edward K., *Opinion specialization: Alive and well in the federal appellate judiciary*, in *Judicature*, 2008, 103; ID., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 540-542.

⁵⁶⁶ POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 761 ss.

⁵⁶⁷ ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals*, cit., 410.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, 411.

In questo ambito, l’indirizzo seguito dall’Italia e dalla Francia divergono radicalmente: v., sul punto, CAPASSO, Valentina, *La motivation arricchie: controtendenze dalla Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, 532 ss., anche per una critica dell’idea che il taglio della motivazione possa risultare incisivo sull’abbreviazione dei tempi. Né pare che il diverso indirizzo recentemente assunto dalla *Cour de cassation* sia esclusivamente il

ulteriore espediente è consistito nel progressivo aumento del numero di *staff attorneys* e *law clerks*⁵⁶⁹, cui delegare una parte delle attività normalmente gravanti sui magistrati. Ma, di fronte all'evidente insufficienza – se non pericolosità⁵⁷⁰ – di simili rimedi, la specializzazione è naturalmente emersa (ancora una volta, come nel Vecchio Continente) come la via più efficace⁵⁷¹.

Così, più o meno informalmente, e ferma restando l'attribuzione randomica di ciascun caso ad un certo *panel*⁵⁷², è risultato naturale organizzare la distribuzione del carico di lavoro di redazione tenendo conto (anche) della specializzazione dell'*assignee*.

La mera constatazione dei dati, tuttavia, nulla dice quanto alle modalità di individuazione dello *specialist judge*: in altri termini, non è chiaro se il magistrato sia da ritenersi specializzando⁵⁷³ o venga scelto in quanto già specializzato. Al fine di rispondere a tale quesito, appare evidentemente necessaria l'analisi della correlazione tra *judge-subject*

frutto della disomogeneità del dato di partenza (la c.d. *phrase unique*): la Suprema Corte francese, verosimilmente facendosi interprete di un'esigenza diffusamente avvertita (come si vedrà, anche nelle *jurisdiction d'exception*: v. *infra*, Capitolo III), ha da tempo esteso il proprio sindacato alla motivazione, anche in assenza di un'espressa disposizione normativa in tal senso, mediante il c.d. *défaut de base légale*: cfr., da ultimo, SASSANI, Bruno, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 51, testo e nota 21. Era dunque solo questione di tempo – e di pressioni e critiche della dottrina – perché smettesse di considerarsi al di sopra delle regole da essa stessa imposte alle giurisdizioni inferiori.

⁵⁶⁹ MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma and a Solution through Subject Matter Organization*, in *Mich. J. Law Ref.*, 1983, 471-473.

⁵⁷⁰ Infatti, se è noto che la garanzia della prevedibilità ed uniformità del diritto richiede che il numero dei giudici sia ridotto al minimo possibile (o, comunque, non ecceda quel natural upper limit, calcolato in base ai costi di transazione e alla geografia giudiziaria: cfr. POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 762), l'eccessivo ricorso al *professional staff* – fermo il numero dei magistrati – si traduce anche in una delegazione parziale di potere (cfr. MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma*, cit., 473-475), con possibili ripercussioni sulla qualità e leggibilità delle opinioni: cfr. POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 767-775.

⁵⁷¹ V. i risultati riportati da ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals*, cit., 416 ss.

⁵⁷² Non così presso la Corte suprema di Israele, che decide in formazioni ristrette come le Corti d'appello statunitensi (salvo casi eccezionali) ed in cui è la stessa scelta del collegio ad essere influenzata dall'*expertise* dei suoi membri: cfr. EISENBERG, Theodore - FISHER, Talia - ROSEN-ZVI, Issi, *Group Decision Making on Appellate Panels: Presiding Justice and Opinion Justice Influence in the Israel Supreme Court*, in *Psych., Pub. Pol., Law.*, 2013, 282 ss.; GROSS, Miron - SHACHAR, Yoram, *How Are Supreme Court Panels Selected? A Quantitative Analysis*, in *Hebrew Un. L.R.*, 1999, 567 ss.

⁵⁷³ V. *infra*, § 12.3.2.

matter pairings e *judge background*⁵⁷⁴; e le ricerche in tal senso, sebbene ancora ad uno stadio iniziale⁵⁷⁵, forniscono alcune indicazioni, non tutte in linea con le aspettative.

In particolare, se, come era facile immaginare, i giudici con pregressa carriera accademica «*are significantly more likely to engage in specialist behavior*», lo stesso non accade quando eventuali incarichi di insegnamento siano assunti successivamente alla nomina⁵⁷⁶; ancora, se l'anzianità di servizio è positivamente correlata con il grado di specializzazione⁵⁷⁷, così – controintuitivamente – non è per il c.d. *Senior Status*, che si acquista quando la somma dell'età anagrafica e degli anni di servizio raggiunge la quota di 80⁵⁷⁸ e che consente al giudice che ne gode – in quanto «*essentially retire[d] and perform[ing] the work of the court on a volunteer basis*»⁵⁷⁹ – di scegliere i casi cui dedicarsi. Tale circostanza, peraltro, non va necessariamente interpretata come un rifiuto dell'idea di sviluppare un'*expertise* in determinati campi; in effetti, la spiegazione più logica appare, invece, risiedere nel fatto che i *senior judges* non godono generalmente del potere di *opinion assignment*⁵⁸⁰; a ciò si aggiunga che «*judges appointed more recently are more likely to specialize*», verosimilmente anche a causa della crescente balcanizzazione della pratica forense⁵⁸¹, reale palestra dei futuri magistrati.

Questi primi risultati appaiono certo interessanti, ma ancora nulla dicono quanto all'argomento che più preme qui indagare: posta una certa correlazione tra *background* e successivo propensione alla specializzazione, quanto pesa l'*expertise* pregressa nella determinazione della *materia* sui cui il singolo giudice si focalizza successivamente?

⁵⁷⁴ CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 541, ove alcune prime considerazioni sul punto. Anche ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals*, cit., 418-419, testo e nota 16, rileva una correlazione tra esperienza pregressa (in particolare, l'incarico di procuratore) e successiva specializzazione del giudice (in materia penale); tuttavia, nonostante l'inferenza appaia logica – e si verifichi effettivamente in alcuni casi –, un'analisi ad ampio spettro la smentisce, CHENG, Edward K., *Specialist Judges*, in *3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers*, 12 aprile 2008, su <https://ssrn.com/abstract=1119603>, 9-10 (ultimo accesso: 07.04.2019).

⁵⁷⁵ CHENG, Edward K., *Specialist Judges*, cit.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, 8.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, 11. Peraltro, in base al tipo di analisi utilizzata, l'incidenza dell'anzianità e della carriera accademica risultano diverse, pur confermandosi come le variabili più influenti sulla specializzazione: v. *ibid.*, 15.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, 10.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ *Ibid.*, 14.

⁵⁸¹ *Ibid.*, 16.

12.3.2 La divisione tabellare eurocontinentale

Se la domanda attende ancora una risposta negli USA, dove – appunto – è dato riscontrare una certa diversificazione nel percorso professionale antecedente all’assunzione della carica di giudice, la questione si fa ancora più spinosa nei sistemi continentali, ove, come notato⁵⁸², l’estrazione e l’esperienza degli uditori è sostanzialmente omogenea.

Si è visto⁵⁸³ che uno degli effetti positivi della riforma della geografia giudiziaria è stato, con l’accrescimento dimensionale degli uffici, la possibilità di sfruttare economie di specializzazione derivanti dalla divisione interna dei Tribunali in sezioni; una volta giunto in quella di assegnazione, tuttavia, il magistrato non è che uno *specializzando*: destino comune non solo a quanti si ritrovino a trattare materie poco o per nulla studiate per il concorso (basti pensare al diritto bancario), con scarso (se non nullo) riguardo per le proprie attitudini personali⁵⁸⁴, ma anche, *istituzionalmente*, a chi si trovi ad operare presso le Sezioni specializzate in materia di impresa.

Infatti, il legislatore, pur prevedendo che «[i] giudici che compongono le sezioni specializzate sono scelti tra i magistrati dotati di specifiche competenze»⁵⁸⁵, ha totalmente obliterato la previsione delle modalità di accertamento delle stesse. Così, se davvero la logica di fondo deve rinvenirsi nell’idea che sia «la funzione che fa l’organo» e che, quindi, «i magistrati (salvi i personali interessi scientifici) sono specializzati, *rectius* esperti in una certa materia, se la trattano, e in misura direttamente proporzionale alla quantità (ed ovviamente alla qualità) delle controversie che trattano»⁵⁸⁶, sembra evidente come essa contraddica uno dei basilari principi dello *scientific management*: la selezione degli idonei. D’altro canto, le modalità attuali di reclutamento dei magistrati non paiono consentire alternative alla *speranza* che, quando tanto risulti necessario per via dalle scelte legislative, sia possibile individuare, tra coloro che già svolgono la funzione, un numero sufficiente di

⁵⁸² V. *retro*, § 12.2.

⁵⁸³ V. *retro*, § 7.

⁵⁸⁴ VERDE, Giovanni, *Il giudice fra specializzazione e «diritto tabellare»*, cit., 138 ss.

⁵⁸⁵ Art. 2, comma 1°, d.lgs. 7 giugno 2003, n. 168, come modificato dall’art. 2 legge 24 marzo 2012, n. 27 recante “Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1: Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture”

⁵⁸⁶ CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 527; nello stesso senso, FLORIDIA, Giorgio, *Sulla “despecializzazione” delle Sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2008, 294, e SANTAGADA, Filomena, *Sezioni specializzate per l’impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1274, che parlano di specializzazione «debole».

soggetti che, *per accidens*, risultino particolarmente qualificati a conoscere di un certo tipo di controversie.

In realtà, è impressione che la specializzazione interna, per quanto generalmente stimata utile, sia – non solo in Italia – eccessivamente rimessa alla *rule of thumb*, con esiti, in punto di efficienza, che dipendono dall’orientamento e dalle capacità personali dei capi degli uffici e/o (nei sistemi in cui ciò è possibile) dalle norme interne di ciascuna giurisdizione.

In Germania, ad esempio, oltre ai casi in cui è la legge a prevedere che ogni Tribunale si doti di camere specializzate (ad esempio, in materia familiare o di insolvenza) o ad istituirne presso alcuni uffici solamente (in particolare, in materia antitrust e industriale)⁵⁸⁷ ogni anno, «*le bureau présidentiel de la juridiction détermine le domaine de compétence de chacune des chambres et les magistrats affectés à chaque chambre. Ceci ne veut pas pour autant dire que chaque année, des changements majeurs sont opérés. En général, les magistrats restent dans la chambre à laquelle ils ont été affectés initialement, ce qui permet une spécialisation de facto*», pur restando ben possibile che il singolo magistrato venga concretamente affidato a mansioni diverse rispetto a quelle svolte sino a quel momento⁵⁸⁸. Peraltro, in Nordrhein-Westfalen, l’organizzazione interna degli uffici è capillarmente specializzata, ed i singoli magistrati vengono assegnati ad una o più unità in base al *Geschäftsverteilungsplan* approvato all’inizio dell’anno, ma suscettibile di essere emendato al fine di fronteggiare eventuali sopravvenienze⁵⁸⁹.

Ancora, in Quebec – sistema particolarissimo, contraddistinto dalla convivenza di un diritto sostanziale (privato) di *civil law*, e non a caso codificato, e di un sistema processuale di *common law* – pur essendo quasi tutte le Corti, di qualunque grado, dotate di *general jurisdiction*, a livello di *trial Court* la (comunque minima) specializzazione tra *civil*, *criminal* e, laddove presente, *family law divisions* viene informalmente effettuata sulla base delle competenze pregresse del candidato. Inoltre, per quanto in maniera ufficiosa, quando sorga l’esigenza di sostituire un magistrato delle Corti superiori, la scelta è orientata dalla necessità

⁵⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Territorial Jurisdiction*, Strasburgo, 5 dicembre 2003, su <https://rm.coe.int> (ultimo accesso: 24.04.2019).

⁵⁸⁸ FERRAND, Frédérique, *La spécialisation des juges en Allemagne*, cit., 199-200.

⁵⁸⁹ FABRI, Marco - LANGBROEK, Philip M., *Is There a Right Judge for Each Case?*, cit., 300.

di garantire, nel *bench*, la compresenza di personalità specializzate in differenti materie, sì da aumentare l'ambito di *expertise* globale della giurisdizione⁵⁹⁰.

12.3.3 I Tribunals inglesi e le Autorità Amministrative Indipendenti (cenni)

Nel Regno Unito, la situazione appare ben meno venata di generalismo: se è noto che la *High Court* si compone di tre Sezioni (la *Queen's Bench Division*, a propria volta divisa in sottosezioni specializzate, quali l'*Admiralty Court*, la *Commercial Court* e la *Technology and Construction Court*; la *Chancery Division*, che si occupa principalmente di proprietà e successioni; la *Family Division*, cui è affidato il contenzioso nella materia che le dà il nome)⁵⁹¹, meno diffusa è la percezione dell'esistenza di tutta una serie di Liste specializzate, di recente riorganizzate come *Business and Property Courts*⁵⁹². Ma anche in un sistema che offre un panorama di giurisdizioni tanto diversificato è stata avvertita la pratica esigenza di una specializzazione ulteriore: così, fino all'avvento del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (TCEA), hanno operato in UK circa 200 organi *Tribunals, Boards* e *Commissions*, «*sorte de frères jumeaux de nos autorités administratives indépendantes*»⁵⁹³; la *section 3* TCEA ha riunito tali organi in un unico *first-tier Tribunal*, contro le cui decisioni è ammesso l'appello all'*Upper Tribunal*.

Ora, se la definizione di Mastor costituisce lo spunto per introdurre il tema delle Autorità Amministrative Indipendenti (AAI)⁵⁹⁴, esso non pare poter qui essere approfondito,

⁵⁹⁰ Cfr. Prof.ssa Geneviève Saumier, intervista cit.

⁵⁹¹ MASTOR, Wanda, *Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général*, cit., 219.

⁵⁹² V. *infra*, § 13.2.4.

Inoltre, al di là dell'ambito della *jurisdiction* delle Corti inferiori, non ogni giudice è titolato ad occuparsi di qualunque controversia, particolarmente in materia penale. La necessità di mantenere la credibilità del settore giudiziario (cfr. GILLESPIE, Alisdair - WEARE, Siobhan, *The English Legal System*, Oxford, 2015, 429) mediante la garanzia della concreta competenza (*sub specie* di specializzazione) del giudice (*ibid.*, 301) ha, infatti, originato il c.d. *ticketing system*, in base al quale «*judges need to submit an application for authorisation or a "ticket" to be able to sit on a certain class of case*»: cfr. GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) – COUNCIL OF EUROPE, *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of Parliament, judges and prosecutors. Evaluation Report United Kingdom*, Strasbourg, 15-19 Ottobre 2012, su <https://rm.coe.int>, 32.

⁵⁹³ MASTOR, Wanda, *Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général*, cit., 220.

⁵⁹⁴ In origine limitate a settori particolarmente tecnici per «*bon ton*», le Autorità amministrative indipendenti in Francia si sono moltiplicate a dismisura, tanto che alcune di esse – in occasione della riforma del 2008 – hanno trovato un posto nella Costituzione: cfr. AUTIN, Jean-Louis, *Le devenir des autorités administratives indépendantes*, in *RFDA*, 2010, 875.

Anche in Italia, del resto, la proliferazione delle AAI ha indotto a numerose proposte di riforma organica, comprensiva – tra l'altro – di una modifica costituzionale: sul punto v. SCARSELLI, Giuliano, *Autorità*

né quanto al percorso storico di recezione del modello anglosassone negli ordinamenti *civilian*, né, soprattutto, con riferimento al profilo della reale natura di tali organi, quando svolgano funzioni (para)giurisdizionali, tale problematica involgendo l'annosa questione dell'essenza della giurisdizione⁵⁹⁵. Ci si limiterà quindi a pochi cenni, poiché anche la proliferazione di tali organi sembra potersi considerare un indizio del malessere inespresso rispetto al mito del giudice generalista; in altri termini, sembra che, come è stato a lungo il caso per il *favor* manifestato verso l'arbitrato delle opere pubbliche, l'introduzione delle AAI non rappresenti altro, per il legislatore, che un espediente «volt[o] ad aggirare il divieto di introduzione di giudici speciali»⁵⁹⁶. Impressione, del resto, rafforzata dalla parere di chi – operando in un sistema diversissimo, scevro di un simile ostacolo costituzionale – ha potuto tranquillamente osservare che «*an important method of increasing judicial specialization would be simply to reduce the scope of judicial review of agency action. [...] The narrower the scope of judicial review of agency action, the greater the delegation of judging to specialized tribunals, and the bigger the role of the specialized judiciary relative to the generalist judiciary*»⁵⁹⁷.

D'altro canto, indipendentemente dal disegno normativo della *judicial review*, è noto che sono spesso gli stessi giudici, particolarmente nei sistemi anglosassoni (compreso quella *québécois*)⁵⁹⁸, ad adottare un certo *self-restraint* nell'apprezzamento delle decisioni delle *Authorities*. Ora, in relazione agli atti di queste ultime, benché anche in Francia non siano

amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma, cit., 231 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁹⁵ In generale, v. ALLORIO, Enrico, *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 487 ss.; ID., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. III, Padova, 1958, 1 ss.; MICHELI, Gian A., *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, 18 ss.; ID., *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria*, ivi, 1947, 101 ss.; ID., *Efficacia, validità, revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, ivi, 1947, 190 ss.; ID., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, ivi, 1957, 526 ss.; FAZZALARI, Elio, *La giurisdizione volontaria: profilo sistematico*, Padova, 1953; JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987.

Con più specifico riferimento alla natura delle autorità amministrative indipendenti, v. LOMBARDI, Rita, *"Autorità garanti" e funzione giurisdizionale*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto processuale civile – VIII ciclo, Napoli, 1997; CLARICH, Marcello, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI, Franco - MERUSI, Fabio (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 ss.; SCARSELLI, Giuliano, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, cit.; JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, cit.

⁵⁹⁶ VERDE, Giovanni, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 309.

⁵⁹⁷ POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 778.

⁵⁹⁸ AUTIN, Jean-Louis, *Autorités administratives indépendantes, démocratie et état de droit*, in *Dr. soc.*, 2016, 293-294.

mancati argomenti in favore di una *déférence juridictionnelle*, il controllo oggi esercitato dal Consiglio di Stato è globalmente corrispondente a quello riservato all'azione ordinaria della PA⁵⁹⁹; e lo stesso può dirsi per l'atteggiamento della giurisdizione amministrativa italiana⁶⁰⁰, laddove quella ordinaria sembra mostrarsi tendenzialmente più accondiscendente⁶⁰¹.

Comunque sia, l'influenza morale delle AAI, oltre a manifestarsi in occasione della resa di pareri o di altri atti di *droit souple*⁶⁰² – spesso anche d'ufficio⁶⁰³ – è particolarmente evidente nel suo rapporto con i vari ordini di giurisdizioni.

Quanto alla Francia, è la stessa legge a prevedere forme di collaborazione: in materia penale, è spesso previsto che l'Autorità possa rivolgersi al *Parquet* onde avviare l'azione, e, più in generale, diverse disposizioni consentono ai giudici di ogni ordine di richiedere un *avis* alle AAI⁶⁰⁴. Proprio facendo leva su una di queste – l'art. L.462-3 C. com., relativo alla *saisine* del *Conseil de la concurrence*, il Consiglio di Stato «*a développé toute une jurisprudence “avant dire droit ” dans laquelle il suspend le jugement au fond de l'affaire*

⁵⁹⁹ CHEVALLIER, Jacques, *Autorités administratives indépendantes et état de droit*, in *Civ. Europa*, 2016, 150. Peraltro, se è vero che «[m]ême dans des domaines aussi spécialisés que ceux de la régulation, le législateur français ne voit aucun inconvénient à confier le contrôle de ces décisions à des magistrats non spécialisés [...]», *une tendance s'affirme de plus en plus nettement à vouloir faire de la Cour d'appel de Paris une cour spécialisée en matière économique* : cfr. PERROUD, Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, cit., 846, n° 1412.

⁶⁰⁰ TRAVI, Aldo, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 11 marzo 2019, su www.giustizia-amministrativa.it; deve, peraltro, distinguersi tra «controllo intrinseco “forte” (sostitutivo) e controllo intrinseco “debole” (non sostitutivo)»: cfr. CARINGELLA, Francesco, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Roma, 2017, 1195.

⁶⁰¹ Basti l'esempio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: «secondo una giurisprudenza ormai consolidata, il provvedimento emesso dall'Autorità Garante determina una notevole facilitazione dell'onere probatorio dell'attore, quantomeno con riferimento alla prova della violazione e a quella del nesso causale. Anzi, secondo una prospettazione ancora più radicale si dovrebbe parlare sostanzialmente di una “quasi-vincolatività” di tali provvedimenti. In proposito la Corte di Cassazione, in una delle più importanti pronunce al riguardo, ha ritenuto sufficiente ai fini della dimostrazione della condotta illecita la mera produzione di copia del provvedimento sanzionatorio emesso da tale Autorità»: cfr. COMOGLIO, Paolo, *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, cit., 230 (il riferimento è a Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I 1901). In effetti, anche in Francia il controllo è diviso tra Consiglio di Stato e Cassazione, le cui giurisprudenze spesso divergono: cfr. AUTIN, Jean-Louis, *Le devenir des autorités administratives indépendantes*, cit., 881-882.

Critico quanto alla ripartizione del controllo tra le due giurisdizioni – anche sulla base di argomenti non tutti ancora attuali – è SCARSELLI, Giuliano, *Unità e riparto della giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro it.*, 2002, 141 ss.

⁶⁰² CHEVALLIER, Jacques, *Autorités administratives indépendantes et état de droit*, cit., 151-152

⁶⁰³ AUTIN, Jean-Louis, *Autorités administratives indépendantes*, cit., 291-292.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, 292-293.

qui lui est soumise en attendant l'avis et les appréciations qu'il sollicite de la part du Conseil de la concurrence sur les notions et catégories propres au droit de la concurrence»⁶⁰⁵.

In Italia, invece, è sintomatico che persino esponenti della magistratura a riconoscere l'importanza della collaborazione del giudice amministrativo con le AAI: se queste ultime «possono trarre giovamento da pareri preventivi del Consiglio di Stato o dal sindacato giurisdizionale, che può rendere più forte, ad esempio, una scelta regolatoria discrezionale e delicata», anche il primo «necessita, non di rado, di un patrimonio di conoscenze non solo giuridiche, deve comprendere il substrato fattuale e tecnico delle scelte regolatorie», viceversa rischiandosi che, alternativamente, il giudice arrivi a «considerare illegittimo (confondendo la complessità con l'irragionevolezza della scelta), o non sindacabile [...] ciò che per [lui] è incomprensibile, ma che con un supporto tecnico diventerebbe chiaro, in modo da poter stabilire se è o no sindacabile, e, ove lo sia, se è o no legittimo»⁶⁰⁶. Considerazioni, queste ultime, che, involgendo questioni non necessariamente ed esclusivamente *giuridiche*, saranno riprese in seguito⁶⁰⁷.

13. Vantaggi e svantaggi della specializzazione

Come anticipato, gli argomenti portati a favore o a sfavore della specializzazione tendono a ripetersi, con poche varianti, nella letteratura che vi si è dedicata⁶⁰⁸. Peraltro, la scarsità di studi empirici menzionati a supporto di ogni affermazione (di solito corroborata

⁶⁰⁵ AUTIN, Jean-Louis, *Le devenir des autorités administratives indépendantes*, cit., 879.

⁶⁰⁶ DE NICTOLIS, Rosanna, *I protocolli tra Autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, 20 luglio 2018, su www.giustizia-amministrativa.it, 2-3.

⁶⁰⁷ V. *infra*, Capitolo IV.

⁶⁰⁸ Motivo per cui si è ritenuto di poter citare qui, una volta per tutte, la relativa bibliografia: CURRIE, David P. - GOODMAN, Frank I., *Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum*, in *Columbia L.R.*, 1975, 63 ss.; DAMLE, Sarang V., *Specialize the Judge, Not the Court*, cit., 1268 ss.; ZIMMER, Markus B., *Overview Of Specialized Courts*, in *Int'l J. Ct Adm.*, August 2009, 1 ss.; OLDFATHER, Chad M., *Judging, Expertise, and the Rule of Law*, cit., 854 ss.; POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 777 ss.; CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 552 ss.; BAUM, Laurence, *Probing the Effects of Judicial Specialization*, in *Duke L.J.*, 2009, 1679; DREYFUSS, Rochelle C., *Specialized Adjudication*, in *BY Un. L.R.*, 1990, 379 ss.; BRUFF, Harold H., *Specialized Courts in Administrative Law*, in *Admin. L.R.*, 1991, 331-332; MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma*, cit., 483; RIFKIND, Simon, *A Special Court for Patent Litigation - The Danger of a Specialized Judiciary*, in *ABA J.*, 1951, 425. Ulteriori riferimenti saranno, quindi, operati, solo in caso di citazioni dirette e/o di argomenti relativamente inusuali.

Si discosta dal panorama piatto di opinioni la dottrina russa, riassunta da TEREKHOVA, Lydia, *Grounds for the Specialization of Courts and Judges in Russia*, in *Russian L.J.*, 2015, 176 ss.: i vari autori sollevano questioni di natura prettamente economica e processuale avverso l'idea di costituire Corti specializzate, mentre sembrano più propensi ad ammettere la specializzazione del giudice-persona fisica.

da nient'altro che dal rinvio a... chi si è già espresso nello stesso senso), evoca il fenomeno del c.d. *citation bias*, di cui discutono Christensen-Szalanski e Beach in un breve, ma incisivo studio⁶⁰⁹, tra l'altro relativo precisamente al *decision-making* (in senso lato). In sostanza, visto l'alto tasso di opinabilità dei risultati degli esperimenti psicologici in materia – dimostrato, del resto, dalla coesistenza di pubblicazioni che riportano esiti contrapposti, verosimilmente anche per la già discussa assenza di criteri uniformi di selezione della *materia prima* da studiare – è spesso nelle convinzioni del lettore (poi, a propria volta, autore) che risiede la scelta degli studi da menzionare. E, rispetto all'argomento *de quo*, la tendenziale sfiducia rispetto alle capacità di decisione razionale, o, comunque, *corretta*, dell'individuo (*tout court*, ovvero indipendentemente dal suo grado di *expertise*)⁶¹⁰ è apparsa determinante nello spiegare come, rispetto ad un numero non molto dissimile di articoli testimonianti, rispettivamente, della *poor* o *good performance* dei soggetti dotati di funzioni decisionali, peraltro pubblicati in riviste scientifiche di livello omogeneo ed ugualmente accessibili al pubblico interessato, in un lasso di tempo di 10 anni i primi siano stati citati, in media, 27,8 volte, mentre i secondi solo 4,7.

Come è divenuto, ormai, avvertimento tralatizio, simili conclusioni non possono essere *de plano* generalizzate; tuttavia, di esse sembra doversi tener conto, soprattutto nell'apprezzare le argomentazioni opposte alla specializzazione, data la già segnalata diffusione dell'idea – che si è, comunque, visto essere poco corrispondente alla realtà – che i giudici *siano*, e comunque *debbano*, rimanere generalisti.

13.1 Profili economici

Piuttosto che procedere ad un'elencazione separata dei pro e dei contro, sembra preferibile fornire uno sguardo sinottico per tema; ed il primo che si incontra, a conferma di quanto già osservato, è quello dell'*expertise*.

Indipendentemente dalla circostanza che il giudice sia scelto in funzione di essa, e quindi sia *ab origine* esperto, o (si ritiene) lo diventi attraverso l'esperienza sul campo⁶¹¹,

⁶⁰⁹ CHRISTENSEN-SZALANSKI, Jay J.J. – BEACH, Lee R., *The Citation Bias: Fad and Fashion in the Judgment and Decision Literature*, in *Am. Psych.*, 1984, 75 ss.

⁶¹⁰ Ipotizzata dagli Autori, e poi confermata dalle risposte ai questionari sottoposti ai membri della *Judgment and Decision Making Society* (CHRISTENSEN-SZALANSKI, Jay J.J. – BEACH, Lee R., *The Citation Bias*, cit., 76).

⁶¹¹ Vi sono ragioni per credere che l'equazione sia inesatta: al di là delle considerazioni quanto alla *deliberate practice*, lo studio di MILLER, Banks - Curry, BRETT, *Expertise, Experience, and Ideology on Specialized Courts: The Case of the Court of Appeals for the Federal Circuit*, in *Law & Society R.*, 2009, 839

risponde alla logica comune l'affermazione che, all'aumentare della sua familiarità con le questioni da analizzare, corrispondentemente si riducono i tempi da dedicare al *law-finding*, con conseguente aumento della velocità e della qualità della decisione; d'altro canto, però, si obietta che l'*expertise* favorisce lo sviluppo della c.d. *tunnel vision* (perché, concentrandosi solo sull'area di propria competenza, i giudici specialisti finirebbero per perdere la capacità di vedere «*the big picture*») e, soprattutto, del c.d. *professional bias*: l'accresciuta *expertise* nella materia condurrebbe alla conseguenza negativa di una *overconfidence* nel proprio giudizio e di un eccessivo ricorso agli *heuristics*. Con specifico riferimento all'ipotesi della creazione di una Corte specializzata, poi, si immagina, da un lato, una maggiore coerenza e prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali; dall'altro, si paventano un possibile appiattirsi del dibattito giuridico (c.d. *loss of diverse view*) ed un'eccessiva concentrazione di potere nelle mani di pochi, oltre al rischio che i magistrati ad essa afferenti siano più esposti alle pressioni dei gruppi di interesse del settore.

Ma la mancanza di solide basi scientifiche a supporto di tali affermazioni, già di per sé inaccettabile da parte dell'Accademia, appare ancor più grave, laddove si consideri che la maggioranza di esse è stata ripresa dall'*Opinion* n°15 del *Consultative Council of European Judges* (CCJE)⁶¹² e, in varie occasioni, dalla CEPEJ⁶¹³.

13.1.1. Il falso problema di una Corte onnipotente ma «controllata»

Affrontando a ritroso i singoli punti segnalati, possono anzitutto ridimensionarsi i timori da ultimo menzionati, che tendono a confondere i concetti di *subject matter*

ss. – l'unico, a quanto consta, a dar conto dell'alterità (non solo concettuale, ma anche) effettuale dell'«*expertise*» – pregressa – e dell'«*experience*» – che, al contrario, si acquista sul campo, risulta interessante non tanto per l'oggetto in sé (la correlazione tra competenza specialistica del giudice ed ideologia politica dello stesso), quanto per le differenze di risultato ottenute tra i due gruppi osservati.

⁶¹² CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, Paris, 13 novembre 2012, su <https://www.coe.int> (ultimo accesso: 13.04.2019), nn° 5 ss.

⁶¹³ Infatti, se nel Report 2008 i *caveats* sembravano più che altro di tipo pratico-organizzativo – «[s]pecialisation in courts is a growing trend amongst European countries. The CEPEJ is aware of the importance that specialised courts can play in improving the efficiency of justice as well as adapting it to the society's evolutions but at the same time this process should not generate confusion, conflicts of jurisdiction or even have consequences on costs of justice for users»: cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *European judicial systems. Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of justice*, 2008, 76, su <https://rm.coe.int> (ultimo accesso: 23.04.2019) –, il più recente commento al caso della Lettonia si colora dei soliti pregiudizi: cfr. CEPEJ-COOP, *Report. Evaluation of the Latvian Judicial System on the basis of the methodology and tools developed by the CEPEJ*, marzo 2018, 34 ss., su <https://rm.coe.int> (ultimo accesso: 23.04.2019). Lo stesso dicasi per EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Structural measures adopted by some Council of Europe member states to improve the functioning of civil and administrative justice. In addition to the effective domestic remedies required by Article 13 of the ECHR. Good practice guide*, Strasbourg, 7 dicembre 2016, n° 20, su <https://rm.coe.int> (ultimo accesso: 23.04.2019).

jurisdiction – che, in sé, fa riferimento alla mera circostanza che una certa Corte abbia competenza limitata a determinate materie – e di *concentration of cases*, che, invece, esprime la misura in cui «*a particular type of case is decided by a narrow set of judges*»⁶¹⁴.

Così, se il ricorso agli argomenti summenzionati si spiega ricordando che la letteratura di riferimento è prevalentemente americana, e che è tipico del panorama statunitense che le *Specialist Courts* di volta in volta istituite operino come uffici unici per l'intero territorio federale⁶¹⁵ o, al limite, statale, la maggiore capillarità che contraddistingue le giurisdizioni (anche speciali⁶¹⁶ e/o specializzate) in Europa ridimensiona (se non esclude in radice) il problema: la presenza di un numero maggiore di uffici specializzati, se attenua alcuni benefici della specializzazione – *in primis*, la coerenza e l'uniformità delle decisioni – in ragione della minore contrazione numerica delle unità produttrici della giurisprudenza, d'altro canto consente di tenere vivo il dibattito e di diluire il potere (anche) creativo che in esse inevitabilmente risiede.

Tali rilievi sembrerebbero smentiti, in Francia, dalla doppietta di decreti del 2009⁶¹⁷ che hanno attribuito al TGI e alla Corte d'appello di Parigi, rispettivamente, la competenza esclusiva in materia di brevetti (il primo) e di contestazioni sulla nazionalità e pratiche restrittive della concorrenza (la seconda); ciò che ha suscitato il commento indignato di Nourissat⁶¹⁸, non solo per via del sempiterno conflitto tra Parigi e «provincia», ma anche in relazione alla prossimità del giudice e all'eccessiva concentrazione del potere giurisprudenziale, particolarmente presso la Corte d'appello parigina. L'apparente distonia rispetto alla regolare attenzione che in tale Paese è riservata all'accesso al giudice si risolve, tuttavia, laddove si consideri che la concentrazione territoriale ha costituito il naturale portato della necessità di ottemperare agli obblighi europei; anzi, una dei *Leitmotive* di critica delle Sezioni specializzate in materia di impresa italiane è proprio quello di non aver

⁶¹⁴ BAUM, Laurence, *Probing the Effects of Judicial Specialization*, cit., 1671 nota 19.

⁶¹⁵ «*Specialized federal appellate courts [...] will almost certainly be Washington courts*»: cfr. POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984*, cit., 786. Il rischio è paventato anche dal CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, cit., n° 21.

⁶¹⁶ In Francia si contano attualmente 155 *Tribunaux pour enfants*, 114 *Tribunaux des affaires de sécurité sociale*, 210 *Conseils de prud'hommes* e 134 *Tribunaux de commerce*: cfr. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, cit., 4.

⁶¹⁷ *Décret n° 2009-1205 du 9 octobre 2009* e *décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009*

⁶¹⁸ NOURISSAT, Cyril, *Les juges lyonnais sont-ils bêtes ? (À propos des décrets du 9 octobre 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence)*, in *Procédures*, 2010, n° 2, alerte 6,

tenuto conto del fatto che le vecchie Sezioni PII, in quanto competenti in materia di marchi, disegni e modelli comunitari, risultavano già numericamente eccessive, sicché la riforma sarebbe stata un'occasione mancata di adeguamento agli obblighi sovranazionali. E, a modello, si richiama appunto la Francia⁶¹⁹.

Il differente contesto ordinamentale permette, poi, di sedare anche le paure quanto al rischio di lobbismo: da un lato, la modalità (tendenzialmente) concorsuale di selezione dei magistrati impedisce che siano gruppi di potere a *sceglersi* giudici ideologicamente orientati in senso affine alla tutela degli interessi di categoria; dall'altro, la stessa diffusione territoriale rende più difficile – seppur non impossibile – che pressioni vengano esercitate *ex post*. E, del resto, anche a voler immaginare l'estremo della patologia nel singolo caso, risulta davvero inverosimile che le *lobbies* riescano ad orientare in maniera determinante la giurisprudenza di settore, quando essa non proviene da un unico centro.

13.1.2. Expertise e bias: nell'osservato o nell'osservatore?

Quanto alle attitudini autoreferenziali e limitate degli esperti, il discorso appare più complesso: come anticipato, in effetti, «*it can be difficult to find cited psychological studies which have anything positive to report about experts*»⁶²⁰, qualunque sia la loro categoria professionale di appartenenza.

Tuttavia, gli studi di Shanteau possono concorrere a riabilitare l'immagine dell'«esperto», almeno nei limiti in cui si accolga la nozione, estremamente rigorosa, elaborata dall'Autore⁶²¹. In sintesi, confrontando i dati relativi agli esperti in diverse discipline, egli rileva l'esistenza di una serie di strategie che – quand'anche non consciamente attuate a tal fine – finiscono per bilanciare gli effetti negativi delle scorciatoie intellettive che naturalmente si sviluppano al crescere dell'*expertise*⁶²².

Non risulta che una verifica in tal senso sia stata espressamente compiuta; tuttavia, dei pochi studi viceversa esplicitamente rivolti alla dimostrazione empirica del supposto *bias* da cui sarebbero affette le *Specialised Courts*, sono le *basi scientifiche* a lasciare a desiderare. Emblematico è il caso della *Tax Court* statunitense, che giudica sulle

⁶¹⁹ CASABURI, Geremia, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2014, 176.

⁶²⁰ SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies*, cit., 205.

⁶²¹ V. *retro*, § 10.

⁶²² *Ibid.*, 207-208.

controversie tra i contribuenti e l'*Internal Revenue Service* (IRS) e, sulla carta, presenta tutti i presupposti per dar adito ad accuse di prevenzione: in quanto *Article I Court*⁶²³, i suoi giudici sono eletti a termine, per cui essi «*may be biased during their tenure because of concerns about post-judicial positions*»⁶²⁴; inoltre, la circostanza che molti siano tratti dalle file degli *ex government tax attorneys* li porterebbe naturalmente a preferire le posizioni del Fisco⁶²⁵. Senza contare l'immane argomento che «*specialized judges are likely to exhibit structural biases*»⁶²⁶.

A queste (mere) speculazioni, nel tempo, avrebbero dato conferma (solo) due studi⁶²⁷, di cui già altri si è incaricato di mostrare i limiti⁶²⁸: in estrema sintesi, i più gravi vizi metodologici possono essere individuati nella mancata selezione dei casi (indipendentemente dalla temerarietà degli stessi e dal grado di vincolatività della norma applicabile dal giudice) e nella base di calcolo della soccombenza; quest'ultima essendo parametrata sull'intero processo, la parte vittoriosa è stata infatti identificata – in caso di cause cumulate o, comunque, di pluralità di questioni, non tutte risolte a favore dello stesso litigante – come quella risultante in attivo nella compensazione. Con simili premesse, apprezzare l'elevata incidenza statistica delle vittorie della parte pubblica come manifestazione di un trattamento preferenziale ad opera della *Tax Court* significa partire da una presunzione di meritevolezza, sempre e comunque, della pretesa (o difesa) del *taxpayer*.

Al contrario, il lavoro di Maule ha mostrato come – nell'ampio campione di casi considerati – il giudizio sulla singola *issue* fosse, più di 60 volte su 100, obbligato, e quasi sempre a favore dell'IRS, vuoi per l'esistenza di un'espressa disposizione di legge o di un precedente vincolanti per il giudice, vuoi a causa della mancata comparizione del

⁶²³ Sostanzialmente equivalente ad un'AAI.

⁶²⁴ REVESZ, Richard L., *Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System*, in *Un. Penn. L.R.*, 1990, 1153 nota 173.

⁶²⁵ GALLER, Linda, *Judicial Deference to Revenue Rulings: Reconciling Divergent Standards*, in *Ohio State L.J.*, 1995, 1089 nota 270. L'affermazione è, peraltro, smentita da MAULE, James E., *Instant Replay, Weak Teams, and Disputed Calls: An Empirical Study of Alleged Tax Court Judge Bias*, in *Tenn. L.R.*, 1999, 407 ss.

⁶²⁶ REVESZ, Richard L., *Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System*, cit., 1153.

⁶²⁷ Il riferimento è a BILLINGS, B. Anthony - CRUMBLEY, D. Larry - SMITH, L. Murphy, *Are U.S. Tax Court Decisions Subject to the Bias of the Judge?*, in *Tax Notes*, 1992, 1259 ss., che affermano che l'esito dei giudizi dipenderebbe dalla predisposizione del singolo giudice, essendovene tanto di *biased* a favore del Governo che del contribuente – il che, quand'anche fosse vero, non proverebbe certo che i *Tax Court judges* siano affetti da preconcetti in ragione (solo) della propria qualità – e a KROLL, Glenn, *Are Tax Court Judges Partial to the Government?*, in *Oil Gas Tax Q.*, 1996, 135 ss., che denuncia la circostanza che i contribuenti vincerebbero solo il 14,7% delle controversie.

⁶²⁸ MAULE, James E., *Instant Replay, Weak Teams, and Disputed Calls*, cit., 351 ss.

contribuente o del difetto, da parte di quest'ultimo, di addurre alcuna prova in proprio favore⁶²⁹. Nei casi restanti – gli unici nei quali, non essendo l'esito *scontato*, un eventuale *bias* del magistrato avrebbe avuto la possibilità di manifestarsi –, il contribuente ha registrato un tasso di successo del 42%⁶³⁰: un po' troppo elevato per insinuare un sistematico pregiudizio nei confronti della categoria, soprattutto laddove si consideri, da un lato, che il Governo tende ad agire in giudizio solo in presenza di casi forti e, dall'altro, l'ovvio incentivo alla proposizione di *unmeritorious claims*, dovuto alla circostanza che «*a taxpayer may file a petition in the Tax Court without paying the tax that the government alleges is due*»⁶³¹.

Lo studio, se può rasserenare gli animi con riferimento alla Corte nel suo complesso, non risulta peraltro dirimente in ordine alla possibilità o meno che i singoli magistrati al suo interno siano *biased*, e che il risultato finale – piuttosto equilibrato – non sia altro che la somma algebrica di *biases* contrari. Ma, quand'anche così fosse, non risulterebbe ancora dimostrato che i giudici specializzati siano, per ciò solo, più propensi a cadere in errori cognitivi rispetto ai generalisti.

In effetti, è da tempo che gli studi di *judicial behaviour* indagano l'influenza sulla decisione di fattori *altri* che la mera applicazione della legge. Si tratta di un interesse certamente indipendente – anche per la propria origine, da rinvenirsi nel *legal realism* statunitense⁶³² – rispetto al crollo del mito del *juge bouche de la loi*⁶³³, ma che in tale prospettiva può trovare un'ulteriore giustificazione: l'idea di un giudice che debba limitarsi all'applicazione pura e semplice del dettato normativo non pare avere solo il fine di raggiungere, mediante il divieto di ogni operazione creativa, l'applicazione uguale della legge; essa, infatti, implica anche una spersonalizzazione dell'organo giudicante, che, quale

⁶²⁹ *Ibid.*, 388.

⁶³⁰ *Ibid.*, 390.

⁶³¹ LARO, David, *The Evolution of the Tax Court as an Independent Tribunal*, in *Un. Ill. L.R.*, 1995, 26. Al contrario, la proposizione della domanda innanzi ad una *district court* o alla *Court of Federal Claims* è subordinata alla regola del *solve et repete*... sicché non pare azzardato ipotizzare che la maggiore percentuale di successo del contribuente innanzi a tali Corti *non* sia dovuta alla circostanza che non si tratti di giudici specializzati.

⁶³² Peraltro, le prime ricerche empiriche quanto all'influenza delle convinzioni politiche dei magistrati sul contenuto dei propri giudizi – sia con riferimento, com'è ovvio, al *judicial system* americano che, meno scontatamente, europeo – sono state condotte da studiosi statunitensi di Scienze politiche: cfr. DYEVE, Arthur, *Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour*, in *Eur. Pol. Sc. Rev.*, 2010, 297 ss.

⁶³³ Sul fallimento praticamente subitaneo del tentativo di «*protect the law against judges*», v. MERRYMAN, John H., *The French Deviation*, in *Am. J. Comp. Law*, 1996, 109 ss.

mero esecutore di operazioni già previste e regolate nel Codice, non ha alcuna occasione – non solo di innovare il diritto, ma neppure – di trasferire i propri pregiudizi nella decisione.

Ora, se pare da rigettare l'idea estrema che la decisione non sia che «*an emotive experience in which principles and logic play a secondary part*»⁶³⁴, deve riconoscersi che «*[t]he shifting character of human experience rearranges groups, rather than creates wholly new ones, and it will go hard with any situation that a court has to deal with if one or another of its elements does not point to a category in which a desirable conclusion is snugly bundled up, ready to be discovered by strictly logical reasoning according to the rules of the Aristotelian syllogism*»; ciò che spiega anche la possibilità che i giudici possano «*wor[k] their judgment backward, from a desirable conclusion to one or another of a stock of logical premises*»⁶³⁵.

Così, ad esempio, non è affatto certo che la maggiore o minore specializzazione incida sulla comune tendenza – che qualcuno chiama «la ricerca della soluzione giusta»⁶³⁶ ed altri, più semplicemente «*follow [one's] feelings*»⁶³⁷ – che fa sì che il giudice *prima* individui il risultato desiderato, e *poi* si adoperi per fornirvi una giustificazione giuridicamente razionale⁶³⁸. A ciò si aggiunga, poi, la naturale propensione dell'essere umano ad utilizzare ragionamenti euristici nell'ambito della propria attività decisionale⁶³⁹.

Ora, va anzitutto sottolineato che, come si evince dalla definizione che se ne è già fornita⁶⁴⁰, l'utilizzo di euristiche (di cui, si noti, le massime di esperienza⁶⁴¹ rappresentano una specie) non conduce necessariamente a risultati fallaci⁶⁴²; così, per quanto la totalità degli studi passati in rassegna faccia riferimento all'eventualità come negativa, i (pochi) *tests*

⁶³⁴ YNTEMA, Hessel E., *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, in *Yale L.J.*, 1928, 480.

⁶³⁵ RADIN, Max, *The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think*, in *ABA J.*, 1925, 359.

⁶³⁶ Che «conduce i giudici a tenere atteggiamenti per i quali il fine giustifica i mezzi adoperati o, se si preferisce, tutto è reso possibile dalle buone intenzioni»: cfr. VERDE, Giovanni, *Processo, giudice, giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 749.

⁶³⁷ GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, in *Texas L.R.*, 2015, 855 ss.

⁶³⁸ V., per un recente esempio, le considerazioni di DI MAJO, Adolfo, *Un discutibile esempio di "precomprensione"*, in *Giur. it.*, 2016, 1449 ss., su Cass., Sez. un., 9 maggio 2016, n. 9341.

⁶³⁹ V. *retro*, § 3.1. Con specifico riferimento al *decision-making* giudiziario, v. DWYER, Deirdre, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008, 66 ss., anche per ulteriori riferimenti.

⁶⁴⁰ V. *retro*, § 3.1, nota 42.

⁶⁴¹ STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Santiago de Chile, 2018 (traduzione spagnola. Titolo originale: *Das private Wissen des Richters*).

⁶⁴² SOLOMON, Miriam, *Scientific Rationality and Human Reasoning*, in *Phil. Sc.*, 1992, 439 ss.; TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Sc.*, 1974, 1124.

empirici si limitano a segnalare l'incidenza degli *heuristics* sulla decisione, senza tuttavia – e forse, inevitabilmente⁶⁴³ – riuscire a dimostrare che essa risulti, *in fine, ingiusta*. A prescindere da questo rilievo, inoltre, gli studi di Tversky e Kahneman⁶⁴⁴ hanno dimostrato che gli *shortcuts* vengono utilizzati tanto dai novizi che dagli esperti, quand'anche – soprattutto questi ultimi – edotti del possibile verificarsi del fenomeno. Infine, alla possibile obiezione che *alcuni* esperti – quali i giuristi ed i ricercatori in materie scientifiche –, in quanto educati al ragionamento rigoroso, sarebbero capaci di sfuggire alla tentazione di seguire scorciatoie, è sufficiente rinviare alla vasta letteratura che ha dimostrato l'esatto contrario⁶⁴⁵. L'analisi empirica sembra dunque confermare l'idea che anche «*le meilleur des juges, parce qu'il est un homme, avec ses complexions et son tempérament, réagit en fonction de ses habitudes acquises, de son éducation et de certaines attitudes d'esprit dont il ne perçoit pas toujours la portée*»; ovvero una delle ragioni tradizionalmente avanzate a favore della collegialità... senza alcun riferimento all'ampiezza della competenza del giudice⁶⁴⁶.

Ne deriva che una qualunque ricerca seria – che allo stato, comunque, pare ancora mancare⁶⁴⁷ – che giunga al risultato che i *giudici specializzati* abbiano una certa predisposizione al *bias* non costituirebbe argomento sufficiente a sconsigliarne l'impiego,

⁶⁴³ Quanto si è già affermato *retro*, § 6.3, in relazione alla difficoltà di valutare la qualità del prodotto di giustizia, trova riscontro anche negli studi di Shanteau: in effetti, sembra che la *good o poor performance* degli esperti debba essere ricollegata anche al tipo di *task* assegnata, distinguendosi ambiti in cui la ripetitività dei compiti, la disponibilità di analisi obiettive e di feedback, la concordia tra gli esperti, la natura dell'oggetto di valutazione favorirebbero il giudizio esperto ed il suo *assessment*; altri, contrassegnati da caratteristiche opposte, sarebbero invece forieri di cattive prestazioni (reali o tali percepite). E, purtroppo o per fortuna, il *decision-making* giudiziario rientra tra questi ultimi: cfr. SHANTEAU, James, *Competence in Experts: The Role of Task Characteristics*, in *Org. Beh. H. Dec. Pr.*, 1992, 252 ss.

⁶⁴⁴ TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under Uncertainty*, cit., 1124 ss.

⁶⁴⁵ V., per un riepilogo degli studi relativi al *decision-making* giudiziario, PEER, Eyal - GAMLIEL, Eyal *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, in *Ct. Rev.*, 2013, 114 ss.; per un parallelo con le *sciences dures*, ELLSWORTH, Phoebe C., *Legal Reasoning and Scientific Reasoning*, in *Ala. L.R.*, 2012, 895 ss. Ulteriore bibliografia in SHANTEAU, James, *Competence in Experts: The Role of Task Characteristics*, cit., 253-254.

⁶⁴⁶ PERROT, Roger, *Le juge unique en droit français*, cit., 662.

⁶⁴⁷ Una limitata eccezione è costituita da un più recente studio (HOWARD, Robert M., *Comparing The Decision Making Of Specialized Courts And General Courts: An Exploration Of Tax Decisions*, in *Justice S.J.*, 2005, 135 ss.), sempre relativo alle *Tax Courts* statunitensi, che ha – finalmente – comparato i risultati con quelli delle *District Courts* (concorrentemente competenti a rivedere le decisioni dell'IRS). Lo studio, tuttavia, cerca di testare contemporaneamente gli effetti dell'*expertise*, dell'ideologia politica e della deferenza all'Amministrazione da parte dei due tipi di giurisdizioni, con l'effetto di rendere piuttosto dubbia la riferibilità dei risultati all'uno o all'altro fattore. Inoltre, anche qui, la differenza percentuale nella vittoria del *taxpayer* (di 12 punti superiore nelle Corti generaliste) va apprezzata *cum grano salis*: anzitutto, come negli studi già criticati *supra*, la soccombenza è calcolata sull'intero processo; in secondo luogo, la stessa ricerca dà conto della circostanza che, mentre innanzi alle *Tax Courts* ben il 36% dei contribuenti sceglie di difendersi personalmente, solo il 10% di quelli che agiscono presso le *District Courts* rinuncia all'avvocato. Ed è facile inferire l'influenza di un *lawyer* specializzato presso una Corte generalista e, viceversa, immaginare la povertà tecnica della difesa del cittadino, solo innanzi al giudice specializzato.

se non comparata con un'analisi, svolta invece sui *generalisti*, e che dimostri che questi ultimi ne vadano esenti, o comunque soggetti in misura minore.

Se questo è vero, può allora ritenersi illuminante⁶⁴⁸ la serie di studi condotti da Guthrie, Rachlinski e Wistrich – con uniformità di metodologia – su campioni ben diversificati di magistrati, e che ha evidenziato, anzitutto, che tanto i *generalisti*⁶⁴⁹, quanto gli esperti⁶⁵⁰, tendono a praticare estensivamente l'*intuitive thinking*⁶⁵¹. Inoltre, se i *Bankruptcy judges* hanno mostrato di resistere ad alcuni tipi di *heuristics*, viceversa da altri riscontrati⁶⁵², l'incidenza dell'*anchoring*⁶⁵³ e del *framing effect*⁶⁵⁴ risultano estremamente vicine a quelle riscontrate presso i *federal magistrate judges* – che trattano, invece, un contenzioso diversificato –, e non influenzate dal numero di anni di servizio presso la Corte specializzata⁶⁵⁵. Se, dunque, gli Autori possono legittimamente concludere che la specializzazione «*does not appear to decrease the quality of judicial decision making*», ma nemmeno «*[to] lead inexorably to improved decision making*»⁶⁵⁶, il limitato numero di *biases* testati, unitamente allo stesso *focus* sugli errori cognitivi, non appaiono sufficienti ad

⁶⁴⁸ BAUM, Laurence, *Probing the Effects of Judicial Specialization*, cit., 1668-1669.

⁶⁴⁹ GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, in *Cornell L.R.*, 2007, 1 ss.; ID., *Inside the Judicial Mind*, ivi, 2001, 777 ss.; ID., *Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding*, in *Un. Penn. L.R.*, 2005, 1251 ss.

⁶⁵⁰ GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, in *Boston Un. L.R.*, 2006, 1227 ss.; ID., *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, in *J. Inst. Th. Ec.*, 2007, 167 ss.; ID., *The Hidden Judiciary: An Empirical Examination of Executive Branch Justice*, in *Duke L.J.*, 2009, 1477 ss.

⁶⁵¹ Su cui v. ampiamente KAHNEMAN, Daniel, *Thinking, fast and slow*, New York, 2013; v. anche ROJAS ELGUETA, Giacomo, *Razionalità limitata ed efficienza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2018, 633 ss.

⁶⁵² Nello specifico, l'*omission bias* (per cui le azioni sono spesso giudicate in maniera peggiore rispetto alle omissioni), la *razza dell'istante*, le scuse da parte di quest'ultimo e il c.d. *terror management* (che fa sì che il giudice, quando esposto al pensiero della propria mortalità, trasferisca nella decisione il proprio ancoramento a valori profondi); rispetto a tali *bias*, tuttavia, non è possibile operare confronti diretti con i risultati ottenuti studiando i *generalisti*, posta, appunto, la diversità dei ricercatori che vi si sono dedicati: per i riferimenti, v. GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, cit., *passim*.

⁶⁵³ Che implica che la comunicazione al soggetto di dati numerici, anche irrilevanti ai fini della decisione, influisca sulla determinazione del *quantum*.

⁶⁵⁴ Che fa sì che la risposta di un soggetto sia più o meno avversa al rischio a seconda che *la stessa* situazione venga presentata come fonte di un potenziale guadagno o di una possibile perdita.

⁶⁵⁵ GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, cit., 181-182.

⁶⁵⁶ GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, cit., 1257.

escludere che il *tipo di ragionamento* seguito dalle due categorie di giudici sia, sotto qualche profilo, *diverso*.

13.1.3. Pensiero differente?

Le ricerche empiriche di Shanteau, in effetti, evidenziano negli esperti capacità più sviluppate di comprensione dei *patterns*, di individuazione di dettagli che sfuggono ai novizi e, al contempo, di discernimento delle informazioni rilevanti; essi appaiono, inoltre, più resistenti allo stress – e, di conseguenza, maggiormente efficienti anche in contesti difficili –, mediamente più creativi e propensi all’aggiornamento professionale (sentito come una delle principali fonti di legittimazione della propria stessa immagine di esperti), e dotati dell’abilità di semplificare i problemi, anche mediante l’utilizzo di strategie di *divide-and-conquer*⁶⁵⁷. D’altro canto, gli esperti si connotano per una maggiore assertività e per una spiccata difficoltà nell’esplicitare il ragionamento seguito nell’attività di *decision-making*⁶⁵⁸.

La maggioranza di tali affermazioni, del resto, trova conferma nell’esperimento condotto da Catellani⁶⁵⁹, che rappresenta il tentativo più prossimo alla comprensione del ragionamento specificamente giudiziario. La psicologa ha, infatti, sottoposto un caso pratico (penale) a 15 uditori e 15 magistrati con almeno 5 anni di anzianità, avvalendosi – per testare le eventuali divergenze nel *problem-solving* dei soggetti coinvolti – della metodologia del ragionamento ad alta voce⁶⁶⁰: alla richiesta di riportare verbalmente il filo dei pensieri nella risoluzione del caso, gli uditori hanno dimostrato minori capacità di individuazione e scomposizione dei problemi⁶⁶¹ e di analisi degli stessi da punti di vista differenti⁶⁶²; inoltre, anche a parità di conoscenze mobilitate⁶⁶³ e di oggetti individuati quali punti focali del ragionamento, le inferenze formulate dai magistrati più esperti risultano quantitativamente e qualitativamente superiori⁶⁶⁴ (notandosi, sotto quest’ultimo profilo, non solo maggiori

⁶⁵⁷ SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies of Expert Decision Makers*, cit., 208.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, 209-211.

⁶⁵⁹ CATELLANI, Patrizia, *Il giudice esperto*, Bologna, 1992, 145 ss.

⁶⁶⁰ Su cui v. ERICSSON, K. Anders - SIMON, Herbert A., *Verbal Reports as Data*, in *Psych. R.*, 1980. 215 ss.

⁶⁶¹ CATELLANI, Patrizia, *Il giudice esperto*, cit., 162 e 188.

⁶⁶² *Ibid.*, 178 e 202.

⁶⁶³ *Ibid.*, 212.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, 213.

capacità di approfondimento, ma anche di analisi incrociata dei dati, laddove «ciò che richiede l'analisi contemporanea di più elementi non viene analizzato dagli inesperti»⁶⁶⁵).

Invece, appare interessante notare come la capacità descrittiva del proprio ragionamento – comunque *tendenzialmente* più sviluppata nei magistrati con maggiore anzianità – non registri risultati uniformi: così, se, da un lato, risulta smentita l'idea che *invariabilmente* gli esperti trovino più difficile comunicare il proprio pensiero, dall'altro, la circostanza che in alcuni «manc[hi]no riferimenti espliciti all'organizzazione del proprio ragionamento, anche se i diagrammi corrispondenti mostrano una struttura coerente e ben definita» non fa che confermare «un dato già emerso in altre ricerche sugli esperti, ossia che un buon controllo [...] del proprio ragionamento non coincide necessariamente con la verbalizzazione esplicita di tale controllo»⁶⁶⁶.

Peraltro, se è vero, come nota Shanteau, che «*the decisions of novice nurses was found to improve when they were trained to make explicit distinctions between relevant and irrelevant information*», e se si unisce tale considerazione a quella, opposta, per cui gli esperti – per l'ovvietà che, ai loro occhi, connota la soluzione – trovano difficile articolarla, non può fare a meno di sottolinearsi l'effetto positivo che l'obbligo di motivazione può determinare, indipendentemente dal grado di *expertise* del giudice: la necessità di verbalizzare il ragionamento seguito aiuta i primi a focalizzarsi su ciò che è davvero importante, ed i secondi a ponderare più attentamente l'esito attinto⁶⁶⁷

Ancora, ulteriori studi hanno dimostrato che gli esperti sono dotati di una memoria migliore, tanto a breve quanto a lungo termine⁶⁶⁸; infatti, se è vero che la prima «ha una capacità limitata, nel senso che non consente ai soggetti di ricordare più di sette, al massimo otto elementi per volta», coloro che abbiano già accumulato una certa familiarità con la materia possono beneficiare del *chunking*. In realtà, anche quest'ultimo rappresenta una tecnica comunemente sperimentata anche nella vita quotidiana: basti pensare al caso in cui si debba mandare a memoria un numero di telefono (piuttosto che ricordare le singole cifre,

⁶⁶⁵ *Ibid*, 220-221.

⁶⁶⁶ *Ibid*, 212.

⁶⁶⁷ Il che appare tanto più rilevante laddove si considerino l'attitudine degli esperti a rivedere le proprie posizioni – laddove «*[r]igidity and blind commitment to prior choices is characteristic of inexpert decision makers*»: cfr. SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies*, cit., 207 – e la loro tendenza ad evitare «*large mistakes*», piuttosto che ad essere «*exactly right*» (*ibid.*, 208).

⁶⁶⁸ CATELLANI, Patrizia, *Il giudice esperto*, cit., 45.

la tendenza è a raggruppare queste ultime in gruppi)⁶⁶⁹ o ci si cimenti nell'apprendimento delle lingue straniere, laddove, piuttosto che imparare singoli vocaboli, risulta preferibile apprendere i c.d. *chunks*, ovvero espressioni complete o, comunque, gruppi di parole normalmente utilizzate in sequenza.

È evidente, allora, che, *nel campo di propria competenza*⁶⁷⁰, gli esperti siano facilitati nel ricordare – e comprendere – anche situazioni complesse, in quanto – ai loro occhi – esse sono spesso nient'altro che una somma di *chunks* già noti. Il che conduce dritti verso l'interrogativo se ciò implementi la velocità del processo decisionale.

13.1.4. La difficile dimostrazione empirica dei benefici della specializzazione

Quella di rapidità è, all'evidenza, una nozione non assoluta, ma *relazionale*, in quanto basata sul presupposto che il giudice specializzato sia in grado di rendere una decisione di qualità pari (se non superiore) a quella che potrebbe emettere, *ceteris paribus*, un giudice generalista, ma in meno tempo. L'assunto, benché intuitivamente condivisibile, riesce difficilmente dimostrabile a livello empirico, un simile *assessment* necessitando – a rigore – una condizione fenomenicamente non sperimentabile nella realtà: che la *stessa* controversia sia giudicata, nel *medesimo* grado e sulla base di un *uguale set* informativo, da due Corti diverse. Peraltro, se la prova diretta dell'ipotizzato vantaggio è preclusa⁶⁷¹, lo stesso vale per quella contraria; ed è con questo *caveat* che vanno apprezzati i (pochi) studi a vocazione realmente scientifica sul punto, in un senso come nell'altro.

In particolare, uno studio spagnolo⁶⁷² relativamente recente – basato sulla comparazione delle prestazioni di due *Juzgados de Familia* di Madrid e due tribunali non specializzati degli immediati dintorni, ma il cui bacino di utenza presenta caratteri demografici e socioeconomici simili⁶⁷³ – sembrerebbe ridimensionare la correlazione tra specializzazione e rapidità: infatti, pur ammettendo una certa tendenza delle *specialized*

⁶⁶⁹ *Ibid.*, 36.

⁶⁷⁰ In realtà, tutte le caratteristiche ricondotte agli esperti sono *domain-specific*; circostanza, questa, che assumere importanza centrale in prosieguo.

⁶⁷¹ Può, tuttavia, menzionarsi l'esperienza dello Stato di New York, dove, a seguito dell'istituzione di quattro dipartimenti specializzati in controversie commerciali e societarie complesse, la produttività è aumentata del 35% nel solo primo anno: v. KROEZE, Maarten J., *The Companies and Business Courts as a Specialized Court*, cit., 3, nota 9.

⁶⁷² GAROUPA, Nuno - JORGENSEN, Natalia - VAZQUEZ, Pablo, *Assessing the Argument for Specialized Courts: Evidence from Family Courts in Spain*, in *Int'l J. Law Pol. Fam.*, 2010, 54 ss.

⁶⁷³ *Ibid.*, 56.

courts a risolvere lo stesso tipo di controversie in un tempo mediamente inferiore rispetto alle *regular courts*, i suoi Autori concludono che «*the overall results do not provide strong support for the claim that specialized courts, when handling family cases, are indeed faster*»⁶⁷⁴.

L'analisi, tuttavia, presta il fianco a due ordini di critiche: anzitutto, sotto il profilo metodologico, per quanto siano apprezzabili – in vista della determinazione dei casi effettivamente complessi – la cura nella selezione dei dati pertinenti e l'individuazione di un buon numero di variabili, appare difficile valutare la bontà dei risultati dinanzi all'uso di grandezze in valore assoluto. Il confronto, infatti, è condotto sulla base della durata media dei procedimenti totali in ciascun ufficio considerato, senza alcuna menzione (in tutti i casi) del numero di magistrati addetti – e, quindi, della dimensione del ruolo individuale – e (con riferimento ai Tribunali misti) del carico contenzioso complessivo; e si è già notato *retro*⁶⁷⁵ quanto, invece, tali due variabili pesino sulla durata del singolo giudizio.

In secondo luogo, è la stessa scelta dell'oggetto a non apparire delle più felici: come riconoscono anche gli Autori, le riforme in tema di divorzio⁶⁷⁶ e l'istituzione dei *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*⁶⁷⁷, con lo sgravare i *Juzgados de Familia* di una buona parte del contenzioso complesso, hanno fortemente ridimensionato le ragioni della loro esistenza: in effetti, se lo studio non fornisce indicazioni precise sul tipo di affari trattati dalle Corti analizzate, la scrematura compiuta dalle sopracitate riforme induce a ritenere che si fosse in presenza, in prevalenza, di cause di separazione e/o divorzio *difficili in quanto fortemente conflittuali*; e, se ciò può lasciar ipotizzare una scarsa collaborazione tra le parti, appare arduo comprendere *in cosa* la specializzazione (giuridica) del giudice potrebbe influire sulla durata del giudizio⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, 63-64.

⁶⁷⁵ V. Capitolo I.

⁶⁷⁶ Con *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*.

⁶⁷⁷ Artt. 43 ss. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

⁶⁷⁸ Pur in assenza di studi empirici simili rispetto alle *Family Courts* statunitensi – e, quindi, di dati certi su cui basare qualsivoglia speculazione – il dubbio che la materia non sia tra quelle che richiedono una specializzazione *giuridica* è rafforzato dalle considerazioni di GIBBONS, John J., *The Quality of the Judges is What Counts in the End*, in *Brook. L.R.*, 1995, 46: così, con la precisazione che l'impressione è tratta da «*anecdotal evidence from community legal service lawyers*», sembrerebbe che «*many family courts, while efficient in disposing of large number of cases, are rather short on quality of decisionmaking, efficiency and due process*».

In realtà, nello studio degli effetti *lato sensu* economici di un incremento marginale della specializzazione (in generale), sarebbe necessario tener conto di due «*key identification issues*»: anzitutto, «*workers are in general not randomly exposed to specialization*», nel senso che essi o scelgono un determinato impiego, o vengono selezionati per esso, precisamente in ragione della loro specializzazione; in secondo luogo, «*the measurement of the benefits from specialization might be biased if unobservable task characteristics influence the type and extent of specialization of the worker to which the task is assigned*»⁶⁷⁹, come avverrebbe nel caso in cui al lavoratore fosse possibile scegliere gli specifici compiti da compiere in base alle proprie preferenze (tra cui potrebbe certamente inserirsi anche la previamente maturata conoscenza di *quel tipo* di lavoro). Ma, sebbene gli studi più seri cerchino di sopperire, a seconda dei casi, ad una di tali difficoltà, resta tuttora un *unicum* il lavoro di Coviello, Ichino e Persico, che ha mirato ad indirizzarle entrambe.

Del resto, l'oggetto di studio prescelto ben si prestava allo scopo, posto che, in Italia, l'assegnazione delle cause, anche nell'ambito della stessa sezione, espone i magistrati ad una specializzazione randomica, in quanto l'attribuzione di controversie dello stesso tipo è assolutamente casuale e non influenzabile dalle preferenze dei giudici stessi⁶⁸⁰; così, partendo dall'intuizione che «*a judge's productivity in a given hearing*», ovvero la probabilità di definire il litigio in una data udienza, «*is a function of her experience up to that hearing*»⁶⁸¹, gli Autori analizzano un *dataset* di oltre 200.000 fascicoli, aperti presso la Sezione lavoro del Tribunale di Roma tra il 2001 e il 2010. Ora, se non è possibile generalizzare il risultato ottenuto con specifico riferimento alla realtà esaminata – nella quale l'elasticità della produttività rispetto alla specializzazione è risultata pari a 0,7⁶⁸² –, è certamente verosimile che una correlazione positiva tra le due variabili si registri in qualunque ufficio; il che sembrerebbe segnare un indiscutibile punto a favore per la specializzazione.

Tuttavia, pare interessante notare che «*judges get worse at type-k cases when they are assigned more non-k cases; apparently, there is no transferability in experience across*

⁶⁷⁹ COVIELLO, Decio - ICHINO, Andrea - PERSICO, Nicola, *Measuring the gains from labor specialization*, cit., 2.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, 2 e 15.

⁶⁸¹ *Ibid.*, 11.

⁶⁸² *Ibid.*, 20-21: in altri termini, un aumento marginale della specializzazione dell'1% implica un incremento della produttività dello 0,7%.

case types»⁶⁸³: sorge, allora, il sospetto che ciò che davvero è servito, nel caso di specie, ad incrementare la rapidità di decisione non sia tanto la *specializzazione* (nel significato accolto sin qui), quanto la *serialità* di specifici tipi di controversie⁶⁸⁴.

Ora, che la ricorrenza di controversie simili sia maggiore nell'ambito di giurisdizioni specializzate è intuitivo; e che ciò faciliti il lavoro al giudice, anche. Ma per questo non vi è strettamente bisogno di una particolare *expertise*: *qualunque* giudice, una volta risolto un caso (con impiego di tempo e di energie variabile in base alla propria familiarità con il settore), si trova avvantaggiato nella risoluzione – quantomeno, in punto di diritto – di uno successivo globalmente sovrapponibile. Tuttavia, così limitando la nozione di specializzazione, si cade esattamente nell'idea che affligge gli affezionati della figura del giudice generalista: lo spettro dell'alienazione da produzione taylorista, o – per dirla con Carbonnier – della perdita di quel «*doute qui décide dans un conflit humain*» che traccerebbe la distinzione tra giudice ed amministratore⁶⁸⁵.

La specializzazione che si ha qui in mente, al contrario, è quella che, facendo perno sulle (più) sviluppate capacità di discernimento dell'esperto, gli consenta di vedere le differenze tra ciò che altri tratterebbero come uguale: «*porque no es que todos los casos sean únicos [...], dado que diversos casos obviamente se repiten y muchas veces. Lo que sucede es que lo difícil es darse cuenta de que nos hallamos ante un caso único*»⁶⁸⁶. E, rispetto a quest'accezione, deve concludersi che, allo stato delle ricerche, l'efficienza della specializzazione resta ancora allo stadio delle (per quanto ragionevoli) credenze.

⁶⁸³ *Ibid.*, 16.

⁶⁸⁴ Del resto, la commistione dei due concetti è comune: ad esempio, SANTAGADA, Filomena, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1273-1274, nel lamentare l'aumento dell'ambito di competenza delle Sezioni specializzate in materia di impresa, paventa il rischio che, tra l'altro, «il carattere normalmente non seriale» delle controversie in materia commerciale avrebbe potuto «incide[re] negativamente sulla accelerazione dei relativi processi oltre che sulla specializzazione dei magistrati addetti alle sezioni». Ma è proprio su stereotipi come questi, che riducono il giudice specializzato ad un operaio impiegato nella catena di montaggio, che si fondano le critiche di stampo (pseudo)psicologico avverso la specializzazione.

⁶⁸⁵ In sostanza, «*par l'effet d'une excessive spécialisation de la juridiction, de son excessive organisation, ou, encore, de son excessive activité*», «[l]e juge, trop spécialisé, trop bien organisé, trop surchargé du même travail, perd la faculté et le temps de douter. À partir de là, il va prendre peu à peu les qualités et les défauts de l'administrateur»: le citazioni sono tratte da JAMIN, Christophe, *Douter avec Carbonnier...*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 713 ss., che le ha, a propria volta, riprese dal corso stenografato di *sociologie juridique* tenuto da Jean Carbonnier nell'anno accademico 1961-1962.

⁶⁸⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, 57-58.

13.1.5 Il taglio dei tempi complessivi del sistema

Volgendo lo sguardo oltre gli effetti – benefici o meno che siano – relativi alla singola controversia, l’istituzione di Corti specializzate viene indicata anche quale possibile rimedio all’ingolfamento di quelle generaliste⁶⁸⁷: si tratta della stessa logica per cui, come visto⁶⁸⁸, l’introduzione di un grado di giudizio intermedio consente di ridurre la pressione sugli organi di impugnazione superiore. E se, in quel caso, al rilievo che il mero spostamento del contenzioso nulla cambia nell’economia totale del sistema, può ribattersi che il nuovo *échelon* è suscettibile di fungere (anche) da filtro – in quanto capace di intercettare un certo numero di ricorsi rispetto ai quali si riveli diseconomico, per le parti, proseguire ulteriormente nel *cursus impugnationis* –, qui la convenienza si apprezza sotto un diverso profilo: se si parte dal presupposto (per quel che si è detto⁶⁸⁹, ancora indimostrato, ma generalmente *assunto*) che il principale vantaggio dell’enucleazione di categorie di controversie da attribuire alla cognizione di giudici specializzati risieda nella particolare complessità delle stesse, e quindi nella caratteristica che esse, se lasciate alla competenza delle Corti ordinarie, si rivelerebbero eccessivamente (*rectius*: relativamente più) *time consuming*, la divisione del lavoro consente non solo di assicurare una loro definizione più celere, ma anche di liberare la corrispondente quantità di tempo che il giudice generalista potrà impiegare in maniera più efficiente nella trattazione di cause routinarie. Al beneficio individuale, quindi, corrisponde una esternalità positiva, quantificabile nella *differenza* tra il tempo che *avrebbe impiegato* il giudice generalista a risolvere la controversia e quello *effettivamente dedicato* alla stessa dall’esperto; argomento, questo, che pare trascurato da

⁶⁸⁷ POSNER, Richard A., *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, in *Boston Un. L.R.*, 2006, 1050.

⁶⁸⁸ V. *retro*, § 4.2.

⁶⁸⁹ V. *retro*, § 13.1.4.

quanti⁶⁹⁰ – facendo leva su facili argomenti populistici – si scandalizzano dinanzi all’asserito privilegio che verrebbe riconosciuto alle categorie di litiganti interessate⁶⁹¹.

13.2 Profili organizzativo-ordinamentali

13.2.1 Controversie satellite sulla competenza e forum shopping

Ogni eventuale ragione di efficienza, ad ogni modo, rischierebbe di venir meno per cause squisitamente processuali, il criterio della competenza per materia potendo dar luogo a tattiche dilatorie *sub specie* di pretestuose eccezioni di incompetenza: è questa, del resto, una delle ragioni avanzate dai fautori della teoria del mero riparto interno tra Tribunale ordinario e le Sezioni specializzate in materia di impresa. Benché non ci si voglia qui esprimere sulla questione, che ha diviso dottrina e giurisprudenza⁶⁹², tanto da aver, da ultimo, portato alla rimessione alle Sezioni unite⁶⁹³, vale la pena sottolineare che il problema – in un Paese, quale l’Italia, che non conosce l’istituto del *forum non conveniens* ed in cui i fenomeni di *forum shopping*, pur possibili, risultano piuttosto circoscritti – non pare da ricollegarsi

⁶⁹⁰ SANTAGADA, Filomena, *Sezioni specializzate per l’impresa*, cit., 1283. Più moderato il parere di CONSOLO, Claudio, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutele al di là del “favoloso” art. 11*, in *Corr. giur.*, 2002, 686, che, nell’aspirare ad una specializzazione diffusa – con «sei/otto branche di un unico “portale” del servizio giustizia» – ritiene imprescindibile una riforma dell’ordinamento giudiziario e, prima ancora, della Costituzione; laddove l’introduzione di un giudice specializzato in materia di impresa (all’epoca solo ventilata), a situazione immutata, avrebbe «finito fatalmente per dare luogo ad un’articolazione e differenziazione “qualitativa” all’interno dell’ordinamento giudiziario italiano, tale da configurare una giustizia [...] di serie A o A1, rispetto ai giudizi e agli organi – di riflesso – di serie B, di serie C, di serie D».

⁶⁹¹ Con ciò non si intende certo disconoscere la – neppure troppo velata – finalizzazione economica delle riforme processuali degli ultimi 15 anni circa: cfr. CAPONI, Remo, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, 10 ss.

Tuttavia, perseguendo nel programma annunciato di prescindere da valutazione *lato sensu* politiche, per appuntarsi su argomenti esclusivamente economici, se l’allusione di cui al testo è facilmente riconducibile alle critiche intorno alla riforma del processo societario – rispetto alla quale, checché se ne pensi in punto di disciplina, non si possono avanzare censure né quanto allo strumento tecnico utilizzato, né quanto alla competenza degli attori coinvolti – e all’istituzione delle Sezioni specializzate per le imprese, non si può disconoscere che in entrambi i casi fossero presenti molteplici indici pro specializzazione, tali da giustificare *di per sé* le misure di riforma approntate.

⁶⁹² Vedi, tra gli altri, CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2012, 525; TAVASSI, Marina, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell’impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1118; BALENA, Giampiero, *L’istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 339; CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, cit., 824-826; SANTAGADA, Filomena, *Sezioni specializzate per l’impresa*, cit., 1274-1275; PINTO, Federica, *La Cassazione torna a pronunciarsi sui rapporti tra sezioni specializzate per le imprese e sezioni ordinarie del tribunale*, in *Foro it.*, 2017, I, 3133 ss.

⁶⁹³ Cass., Sez. I, 30 gennaio 2019, n. 2723

all'istituzione delle Sezioni *in sé*, quanto alla discutibile qualità tecnica degli interventi normativi in materia⁶⁹⁴.

E, se già la questione, finché non risolta – come non appare davvero essere neppure a seguito della pronuncia delle Sezioni unite⁶⁹⁵ –, continuerà a pesare sul reale funzionamento delle Sezioni specializzate, ancor più deleteria dal punto di vista dell'economia globale del sistema – ed in totale contraddizione con gli scopi dichiarati – risulta l'ultima riforma del settore: il d.l. Destinazione Italia⁶⁹⁶ ha ulteriormente frazionato la geografia giudiziaria del contenzioso societario, destinando ad alcune soltanto delle Sezioni (già) specializzate la trattazione delle controversie relative alle società con sede all'estero, sollevando dubbi quanto alla congruenza della scelta degli uffici “promossi” e alla funzionalità del criterio di competenza, meramente soggettivo⁶⁹⁷. E, se già in generale sembra doversi riconoscere l'inefficienza intrinseca di ogni disciplina che complichino la scelta del foro – considerazione, quest'ultima, che ha spinto il legislatore francese ad accorpare *tribunaux d'instance* e *tribunaux de grande instance* nei nuovi *tribunaux judiciaires*⁶⁹⁸ –, il

⁶⁹⁴ Diversamente, in Belgio, la riforma del 2014, nell'accorpare formalmente gli uffici giudiziari, pur lasciando in vita tutte le precedenti sedi fisiche (trasformate in Divisioni), si è mossa secondo l'idea che «*all court divisions offer basic judicial services and that specialized cases can be assigned exclusively to one division for the whole district or area. This allows specialization by that division*» ma si è chiaramente precisato che «*[e]verything will be laid down in a 'case division regulation' per judicial district and area. This regulation has nothing to do with jurisdiction or competence. It only deals with the internal division of cases in a district or area. Therefore, this regulation can never give rise to jurisdictional disputes*»: cfr. VOET, Stefaan, *Belgium's New Specialized Judiciary*, in *Russian L.J.*, 2014, 139.

⁶⁹⁵ Cass., Sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Competenza civile*, n. 55, ha, infatti, apparentemente risolto il contrasto, affermando la soluzione del mero riparto interno. Dalla lettura della sentenza, tuttavia, non si trae alcuna argomentazione convincente quanto alla prevalenza *in iure* delle argomentazioni a sostegno della tesi: la Corte, in sostanza, non sembra prendere davvero una posizione da Giudice di legittimità, quanto, piuttosto, operare una scelta *politica*; e così, per evitare usi strumentali della (non riconosciuta possibilità di sollevare) impugnazione con regolamento di competenza, finisce per eliminare qualunque garanzia al giudice *idoneo*, che pur la legge sembrava aver chiaramente riconosciuto. Né convince il richiamo alla tradizionale interpretazione del principio costituzionale di precostituzione del giudice: anche a voler ammettere – e non è certo che si debba – che la garanzia sia riferita all'Ufficio, e non alla persona, è evidente la differenza che passa tra una ripartizione (meramente) tabellare in (eventuali) sezioni e una Sezione specializzata che – quand'anche articolazione interna di un ufficio – è *prevista dalla legge*; esattamente come vuole l'art. 25, comma 1, Cost.

⁶⁹⁶ D.l. 23 dicembre 2013, convertito con modificazioni con l. 21 febbraio 2014, n. 9.

⁶⁹⁷ Sulle quali v. CELENTANO, Paolo, *La riforma del “tribunale delle imprese”*, in *Soc.*, 711 ss.;

⁶⁹⁸ La previsione, contenuta nella *loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, entrerà in vigore il 1° gennaio 2020. Pur trattandosi di una riorganizzazione solo formale – e, quindi, senza conseguenze deleterie in punto di prossimità della giurisdizione (come quella operata in Belgio nel 2014: cfr. VOET, Stefaan, *Belgium's New Specialized Judiciary*, cit., 138) –, volta a semplificare l'accesso al Giudice mediante l'eliminazione del criterio della competenza per valore tra TI e TGI. Così, se tutti i vecchi uffici verranno mantenuti, i TI diventeranno *chambres* del TGI (una sorta di sezioni distaccate), mentre, «*[d]ans les départements dans lesquels sont implantés plusieurs tribunaux de grande instance, [...] certains tribunaux de grande instance pourraient se voir confier par décret, sur proposition des chefs de cour et après avis des chefs de juridictions concernés, des contentieux spécialisés pour l'ensemble du ressort*» : cfr.

rilievo vale a maggior ragione quando il *target* di riferimento è costituito dagli investitori stranieri. Non a caso, anche sotto questo profilo, le scelte del legislatore italiano escono sconfitte dalla comparazione: basti pensare che, nel luglio 2017, al fine di agevolare gli operatori internazionali nel rapportarsi alle Corti britanniche dopo il *Brexit*⁶⁹⁹, tutte le giurisdizioni civili specializzate inglesi e gallesi⁷⁰⁰ sono state riorganizzate sotto l'insegna di *Business and Property Courts*⁷⁰¹ (BPCs). Come, peraltro, suggerisce l'utilizzo del plurale, la nuova configurazione non ha fatto venir meno l'identità delle singole Corti coinvolte: infatti, nonostante le BPCs siano state pensate come «*a single umbrella for specialist civil jurisdictions across England and Wales*» ed operino, oggi, nello stesso luogo fisico⁷⁰², esse «*will continue to operate in the same way as at present, applying the same practices and procedures under the Civil Procedure Rules and Insolvency Rules as before and retaining their own procedural Guides*⁷⁰³».

E se il già elevato livello qualitativo (garantito dalle modalità di selezione) si arricchisce, con la nuova istituzione, grazie ad una *cross-fertilization* tanto tra le singole unità, quanto con le giurisdizioni distribuite sul territorio⁷⁰⁴, l'accento sull'*expertise del giudice*, e non *dell'ufficio*, è portato all'estremo: ad un criterio di competenza apparentemente semplice, per cui all'attore è richiesto di indicare la Lista competente per il «*principal subject matter of the dispute*»⁷⁰⁵, fa riscontro, per i casi più complicati, la

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Rapport annexe*, su <https://www.legifrance.gouv.fr>, 9.

⁶⁹⁹ JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES, *The Lord Chief Justice's Report 2017*, su www.judiciary.gov.uk, 18-19.

⁷⁰⁰ Si tratta, secondo l'ordine indicato dal Rapporto, delle seguenti 10 Corti o Liste: *Admiralty Court* (QBD), *Business List* (ChD), *Commercial Court* (QBD), *Competition List* (ChD), *Financial List* (ChD/QBD), *Intellectual Property List* (ChD), *Insolvency and Company List* (ChD), *Property, Trusts & Probate List* (ChD), *Revenue List* (ChD) e *Technology & Construction Court* (QBD).

⁷⁰¹ Divenute operative il 2 ottobre 2017.

⁷⁰² A Londra, nel *Rolls Building* in Fetter Lane; altre 5 BPCs sono state istituite, rispettivamente, a Birmingham, Bristol, Cardiff, Leeds e Manchester, ma è già prevista la creazione di 2 ulteriori sedi (a Newcastle e Liverpool).

⁷⁰³ THE BUSINESS AND PROPERTY COURTS, *Advisory Note*, su www.judiciary.gov.uk, 1-2.

⁷⁰⁴ «*The strength of the Business and Property Courts comes not just from a combination of the distinct jurisdictions, but also from the tightening of the link that exists between the work of these courts in London, and that of their counterparts in the civil justice centres in the regions of England and Wales. Transfers between the courts in London and those in the English regions and in Wales are being facilitated through a Business and Property Courts Practice Direction; and judges of the right level of expertise will be deployed more flexibly across all the courts*»: cfr. JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES, *The Lord Chief Justice's Report 2017*, cit., 19.

⁷⁰⁵ *Section 2.2(1) Practice Direction 57AA – Business And Property Courts*; v. anche THE BUSINESS AND PROPERTY COURTS, *Advisory Note*, cit., 2, per alcuni esempi concreti.

previsione in base alla quale, «[i]n cases where different aspects of the dispute indicate that the case be issued in different lists, sub-lists or courts, the claimant must consider whether there are aspects requiring the expertise of a specialist judge and choose the list, sub-list or court in which the relevant specialist judges sit»⁷⁰⁶. Disposizione, questa, in grado di far rabbrivire il giurista italiano (o tedesco), formatosi sotto l'ombra del principio del giudice naturale (o legale), ma che ha certamente dalla sua l'onesta di riconoscere che i magistrati *non* sono tutti uguali.

13.2.2 Il problema delle cause connesse

Strettamente collegato al punto di cui sopra risulta la questione delle cause connesse: da un lato, è ovvio che la loro attrazione alla competenza della Corte o Sezione specializzata ne diluisce il carattere specialistico⁷⁰⁷; dall'altro, essa risponde ad esigenze di economia processuale, in quanto evita la moltiplicazione dei procedimenti pendenti innanzi ad uffici/sezioni diversi. E, in un momento in cui la giurisprudenza della Cassazione, tanto italiana⁷⁰⁸ quanto (sebbene in misura minore) francese⁷⁰⁹, sembra voler *praeter* (o *contra*?) *legem* consacrare la concentrazione a tutti i costi – anche quando ciò significa svuotare di significato il principio dispositivo nel suo significato minimo di potestà della parte sull'oggetto del giudizio –, la scelta tra (quelle che dovrebbero essere) due ragioni di efficienza sembrerebbe dover essere rimessa alla valutazione del legislatore.

Tuttavia, anticipando le conclusioni cui si giungerà, l'opzione per la semi-specializzazione indurrebbe a suggerire la preferenza per il *simultaneus processus*; ciò che condurrebbe al triplice risultato di mitigare gli (eventuali) inconvenienti della specializzazione assoluta, realizzare un risparmio di risorse processuali ed evitare ulteriori dubbi (veri o strumentali) sulla competenza.

⁷⁰⁶ Section 2.2(2) Practice Direction 57AA – Business And Property Courts. Si tratta, com'è evidente, di criteri di massima, ed in quanto tali suscettibili di lasciare scoperti numerosi casi dubbi: di conseguenza, all'utente è anzitutto lasciata la possibilità di richiedere un parere circa la Lista corretta al *Listing Office*; inoltre, anche in caso di errore nella scelta, la Corte potrà far uso del «[g]eneral power of the court to rectify matters where there has been an error of procedure», di cui alla section 3.10 CPR (cfr. THE BUSINESS AND PROPERTY COURTS, *Advisory Note*, cit., 4).

⁷⁰⁷ CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, cit., 822.

⁷⁰⁸ V., per tutti, BOVE, Mauro, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit., 99 ss.; VERDE, Giovanni, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit., 513-517.

⁷⁰⁹ V. *retro*, § 6.2.1., in nota, quanto al principio di *concentration des demandes*.

13.2.3 L'influenza delle fluttuazioni della domanda

Si è ritenuto che uno dei vantaggi ricollegabili all'istituzione di una Corte specializzata risieda nella circostanza che «*the number of judges, who typically serve for limited rather than lifetime terms, can be adjusted to cope with the workload*»⁷¹⁰. In sostanza, mentre le Corti generaliste *subiscono* le fluttuazioni di determinati tipi di contenzioso, quelle specializzate potrebbero essere *adeguate* alle variazioni della domanda; tale possibilità, peraltro, se *astrattamente* possibile nei Paesi di *common law* – sebbene non necessariamente praticata, tanto che problemi di adattamento alle fluttuazioni sono segnalati anche dalla dottrina statunitense⁷¹¹ –, non lo è altrettanto in quelli in cui, come in Italia o in Francia, non è proponibile la creazione di Corti estemporanee o dal personale precario.

Certo, potrebbe obiettarsi che, anche in tali Paesi, una simile elasticità potrebbe essere garantita mediante una certa mobilità tra sezioni e/o funzioni: è il caso, ad esempio, del *juge aux affaires familiales* (JAF) francese, che non può essere considerato un vero e proprio giudice specializzato, tale ultimo *status* (proprio, invece, del *juge des enfants*) derivando da una nomina per decreto del Presidente della Repubblica, contenente la lista precisa delle funzioni esercitande; invece, il JAF è nominato come *juge du TGI*, sicché «*c'est le Président du TGI qui le délègue, par l'ordonnance de roulement, pour exercer les fonctions de JAF*»⁷¹². Il che, paradossalmente, consente aggiustamenti in corso d'opera⁷¹³.

Tuttavia, se la difficoltà può essere (apparentemente) risolta a livello organizzativo, la tecnica sconta – ancora una volta – l'influenza del mito del giudice tuttologo: in realtà, fintanto che la ripartizione interna dell'ufficio preveda l'adibizione ad una determinata ed unica Sezione, il movimento appare possibile solo in un senso (dal contenzioso specializzato a quello comune), posto che il magistrato dotato di particolare *expertise* è, prima di tutto, fornito della preparazione generale. Lo stesso non può dirsi quando sorga la necessità

⁷¹⁰ ZIMMER, Markus B., *Overview Of Specialized Courts*, cit., 3.

⁷¹¹ STEMPEL, Jeffrey W., *Two Cheers for Specialization*, cit., 84.

⁷¹² GARE, Thierry - TREMOUREUX, Marie-Françoise, *Le juge spécialisé le juge aux affaires familiales*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges*, cit., 52.

⁷¹³ Article R121-1 COJ: «*La répartition des juges dans les différents pôles, chambres et services de la juridiction est faite par ordonnance prise, conformément aux dispositions de l'article L. 121-3, avant le début de l'année judiciaire. | Cette ordonnance peut être modifiée en cours d'année, pour prendre en compte un changement dans la composition de la juridiction ou pour prévoir un service allégé pendant la période au cours de laquelle les magistrats, les fonctionnaires et les auxiliaires de justice bénéficient de leurs congés annuels. | Les mesures prises en application des dispositions du présent article sont des mesures d'administration judiciaire*».

opposta: a dimostrazione, basti pensare alle difficoltà incontrate nel reperimento dell'organico delle (nuove, o comunque ampliate) Sezioni specializzate in materia di impresa: tra sostituzioni naturali – per trasferimenti, promozioni e pensionamenti – e forzate – per raggiungimento della soglia decennale di adibizione alla stessa funzione – i primi «“concorsi interni” sono andati deserti, sicché vi sono state assegnazioni d'ufficio»⁷¹⁴, con conseguenze intuibili sulla professionalità.

13.2.4 Nuove dimensioni della nomofilachia?

Si è già sostenuto che nella funzione nomofilattica delle Corti supreme potrebbe astrattamente risiedere un potente strumento deflattivo del contenzioso, tuttavia constatandosi, al tempo stesso, come essa sia oggi ben lungi dal potersi dire operativa⁷¹⁵. A ciò si aggiunga la già rilevata tendenza all'introduzione di meccanismi di filtro all'accesso alle Giurisdizioni superiori⁷¹⁶, che – nell'intento proprio di recuperare le condizioni necessarie affinché esse possano svolgere tale ruolo – rischia semplicemente di accrescere la percentuale di casi definiti ai livelli inferiori, tra i quali non opera alcun meccanismo giuridico di uniformazione della giurisprudenza.

Rispetto a tale situazione, allora, la concentrazione dei casi in determinate Corti potrebbe rappresentare una soluzione surrogatoria, in quanto atta a consentire lo sviluppo di una *case law* coerente (all'interno dello stesso ufficio) e a ridurre gli inevitabili contrasti che sorgono quando ad occuparsi della questione siano, puntualmente, svariati giudici generalisti. Certo, «*uniformity [...] is not the same as accuracy*»⁷¹⁷, e – come visto – non è possibile ribattere a tale argomento utilizzando dati empirici in contrario; può, peraltro, rilevarsi – anzitutto – che la stessa uniformità che sottende l'idea della nomofilachia si basa sulla *presunzione* di un'accuratezza che discenderebbe, da un lato, dalla possibilità di individuare un significato univoco della legge e, dall'altro, dal mero provenire l'interpretazione dai giudici di Cassazione. E non pare sia necessario indugiare sulla smentibilità di tali presupposti.

⁷¹⁴ CASABURI, Geremia, “*Liberalizzazioni*” e sezioni specializzate, in *Dir. ind.*, 2012, 16.

⁷¹⁵ V. *retro*, §§ 4.2 ss.

⁷¹⁶ V. *retro*, § 4.2.3.

⁷¹⁷ DREYFUSS, Rochelle C., *The EU's Romance with Specialized Adjudication*, Editorial, in *Int'l Rev. IPCL*, 2016, 888.

In secondo luogo, ed in linea con quanto si è già avuto modo di sostenere altrove⁷¹⁸, se la giurisprudenza capace di assurgere a fonte del diritto è quella tanto diffusa e condivisa da potersi considerare consuetudinaria, è dalla massa delle decisioni che essa può sgorgare; e, la volta che le Corti supreme, a ciò autorizzate dalla legge o meno⁷¹⁹, si decidano per la riduzione del proprio intervento – spesso, comunque, episodico nei settori maggiormente specializzati –, l'onere di sviluppare la consuetudine giurisprudenziale passa ai giudici *du fond*. Ma allora, viene da chiedersi quanto l'*accuracy* di cui parla Dreyfuss sia garantita dallo stato attuale delle cose (che certo non assicura l'*uniformity*), e quanto lo sarebbe lasciando che di certe materie si occupassero (pochi) esperti.

13.2.5 Scarso appeal della posizione

La tendenziale ripetitività delle questioni trattate, unitamente al minore prestigio *percepito*, renderebbero la posizione di giudice specializzato meno attraente per i potenziali candidati; di conseguenza, le menti migliori sarebbero indotte a ricercare ruoli diversi, lasciando ai meno dotati le posizioni vacanti nelle *Specialist Courts*⁷²⁰. E ciò sarebbe particolarmente vero con riferimento alle Corti superiori, la naturale monotonia⁷²¹ del cui lavoro verrebbe aggravata dalla restrizione dell'ambito della loro *jurisdiction*. Eppure, già tale rilievo lascia emergere un primo argomento contrario alla tesi che vorrebbe sostenere: infatti, «[c]ritics of specialized courts often speak as though they are comparing the specialized courts to idealized general courts that brim with the vitality of a balanced caseload»⁷²²; ma, quand'anche ciò si verifici effettivamente – il che non è affatto garantito – con riferimento alla Corte nel suo complesso, si sono già forniti sufficienti esempi a dimostrazione della circostanza che la competenza giurisdizionale dell'ufficio non necessariamente coincide con l'effettivo generalismo dei singoli magistrati che vi sono addetti.

⁷¹⁸ CAPASSO, Valentina, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza*, cit., e ID., *Il valore della «giurisprudenza» in Francia*, cit.

⁷¹⁹ CAPASSO, Valentina, *Il filtrage des pourvois alla Cassazione francese*, cit.

⁷²⁰ MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma*, cit., 483.

⁷²¹ POSNER, Richard A., *The Federal Courts: Challenge and Reform. Revised Edition*, Cambridge, 1999, 249 ss.

⁷²² STEMPEL, Jeffrey W., *Two Cheers for Specialization*, cit., 81.

In realtà, v'è chi⁷²³ ha sostenuto che il fenomeno sarebbe limitato ai soli sistemi di *common-law*, argomentando dal diverso ruolo (non solo giuridico, ma anche) sociale che caratterizza il giudice *civilian*: in sostanza, la ricezione delle ideologie illuministiche della separazione dei poteri e dell'onnicomprendività del Codice civile avendo ridotto «*the art of judging to routine*» ed il giudice a poco più di un «*expert clerk*»⁷²⁴, questi sarebbe fisiologicamente condannato (e consapevole di esserlo) ad un ruolo di sudditanza rispetto alla legge; di conseguenza, non vi sarebbe ragione di rincorrere una posizione di prestigio, intesa come una che consenta lo sviluppo di una *judge-made law* personale.

La realtà è evidentemente diversa, e molto più simile nei vari ordinamenti di quanto le ricostruzioni teoriche lascerebbero intendere; al di là della constatazione dell'anacronismo dell'adagio secondo cui, nei Paesi anglosassoni, «*all the Law is judge-made law*»⁷²⁵, se è paradigmatico l'esempio di una Corte effettivamente specializzata quale era l'*Official Referees' Court* britannica, antesignana dell'attuale *Technology and Construction Court*, i cui membri «*were seen as tribunals to whom "real" judges sent the minutiae work, after the real judge had decided the important principle*» o, in sintesi, «*as inferior to red judges*» (come sono colloquialmente indicati i giudici della *High Court*)⁷²⁶, una certa dose di pregiudizio rispetto a determinate posizioni è certo diffusa tra gli operatori anche continentali. Basti pensare all'esempio della Corte di cassazione italiana, che, al di là della divisione in Sezioni⁷²⁷, conosce certamente fenomeni di *opinion assignment* specializzata: come ha evidenziato Di Federico, infatti, è da tempo che «alcuni consiglieri [...], abitualmente, si vedono assegnare ricorsi di un determinato tipo, o perché hanno una più lunga esperienza in materia, o perché hanno approfondito certi temi da un punto di vista scientifico, con pubblicazioni, ecc.»; così, «[q]uello di specializzazione e quello qualitativo sono criteri interdipendenti, nel senso che una persona specializzata esclusivamente, per es., in cause di diritto del lavoro, si vede quasi sempre pervenire dei ricorsi di modesta qualità

⁷²³ DAMLE, Sarang V., *Specialize the Judge, Not the Court*, cit., 1287 ss.

⁷²⁴ *Ibid.*, 1288.

⁷²⁵ GRAY, John C., *The nature and sources of the law*, New York, 1909, 119.

⁷²⁶ TACKABERRY J., *The Official Referees – The Future?*, in *Arbitration*, 1998, 197.

⁷²⁷ Nell'ambito delle quali pure si nota una chiara predilezione per quelle civili; in effetti, anche in Italia, come in Francia, «*la matière civile est considérée comme une matière noble attirant les juristes le plus brillants par la complexité de ses raisonnements tandis que la matière pénale fait figure de parent pauvre, nettement moins valorisée à la fois par la nature des faits qu'elle traite et par l'aspect moins strictement juridique des qualités qu'elle requiert*»: cfr. DUMOULIN, Laurence, *L'expertise à l'épreuve du droit*, in CHAUVAUD, Frédéric, *Experts et expertise judiciaire. France, XIXe et XXe siècles*, Rennes, 2003, 21-22.

giuridica e scientifica, mentre una persona specializzata, per es., in tema di usi civici, quasi sempre è chiamata a risolvere complessissime questioni di diritto. Insomma, ci sono specializzazioni nobili e specializzazioni meno nobili»⁷²⁸. E così accade pure per coloro che, in Francia, si trovano a ricoprire il ruolo di *juge des libertés et de la détention* (JLD): «[I]es JLD aspirent souvent à ne pas le rester et partent au bout de deux ans, ce qui ne favorise guère une spécialisation quelconque»⁷²⁹

Come è agevole ricavare dai passi citati, peraltro, il problema non è la specializzazione *in sé*, ma la materia di cui si tratta, unitamente alla sua percezione da parte degli operatori, peraltro suscettibile di mutare nel tempo: e allora, proprio ripartendo dall'esempio della TCC inglese, risulta davvero difficile, *oggi*, tacciare Peter Coulson – per 10 anni giudice di tale Corte, dal 2018 *Deputy Head of Civil Justice* presso la Corte d'appello – di inferiorità rispetto ai *red judges*, essendo la complessità delle *construction disputes* ormai generalmente riconosciuta. Ma lo stesso sembra potersi affermare rispetto alla specializzazione *de facto* assunta nell'*opinion writing* da Richard Posner, nel campo della legislazione *antitrust*⁷³⁰, negli USA; o di Massimo Scuffi – in materia industriale e della proprietà intellettuale – nel corso della sua pregressa carriera presso la Corte di cassazione italiana⁷³¹; o, ancora, di Marc Trévidic presso la sezione anti-terrorismo del TGI di Parigi⁷³².

Tornando agli incarichi meno prestigiosi, inoltre, non può certo dirsi che il fenomeno di consequenziale tendenziale evitamento sia limitato alla materia: è cosa nota che, sul

⁷²⁸ Estratti dalle interviste dei consiglieri di Cassazione (rispettivamente, Protocollo n. 303, 4-5, e Protocollo n. 308, 4), citati da DI FEDERICO, Giuseppe, *La Corte di cassazione*, Bari, 1969, 195.

⁷²⁹ TRÉVIDIC, Marc, *Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires*, in *Après-demain*, 2010/3, 50.

⁷³⁰ CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 542.

⁷³¹ Infatti, come ricorda CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 519, nota 13, sebbene non si sia dato seguito – all'atto dell'istituzione delle Sezioni specializzate per le imprese – alla proposta di riservare ad una singola Sezione civile della Corte di cassazione (ma l'idea non era nuova: v. l'art. 11 del Progetto della Commissione Mirone, su cui CONSOLO, Claudio, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, cit., 565.), «da anni le controversie societarie ed industrialistiche sono assegnate alla I sez. civile; d'altronde le poche decine di sentenze che la Suprema corte pronuncia ogni anno nelle nostre materie sono dovute ad un pugno di (notissimi) estensori, il che pure assicura la specializzazione del giudice di più alto grado».

⁷³² Il prestigio delle personalità da ultimo nominate, anzi, sembrerebbe piuttosto dar ragione all'opposto timore espresso dal CCEJ, ovvero che «*specialisation [...] can give judges the impression that their expertise in their specialist field places them in an elite group of judges who are different from the others. It may also give the general public an impression that some judges are "super-judges" or, on the contrary, that a court is an exclusively technical body separate from the actual judiciary. This may result in a lack of public confidence in courts that are not thought to be specialist enough*»: cfr. CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges, cit., n° 18.

territorio, vi siano uffici che, per la propria posizione geografica e/o per la particolare congestione dei ruoli, risultano poco appetibili.

Ora, mentre il problema dell'*appeal* del ruolo è particolarmente evidente in sistemi, come quello inglese, ove l'accesso alla magistratura avviene mediante candidature spontanee, sottoposte ad un procedimento che somiglia ad un – molto selettivo – colloquio di lavoro in più fasi (sicché il rischio di una carenza di *applications* è reale, e la scarsa competizione, unita alla necessità di coprire la vacanza, potrebbe far cadere la scelta su candidati non sufficientemente qualificati), la tradizionale risposta a tali problemi, nei sistemi basati sul meccanismo del concorso, si rivela quasi matematicamente inadeguata, finendo sostanzialmente per ridursi nella copertura dei posti con i novelli uditori: è vero che i candidati coltivano una preparazione tendenzialmente a 360°, nell'ignoranza della funzione che andranno successivamente a ricoprire, di talché un problema di domanda d'impiego in teoria non si pone; così come è vero che nella scelta della prima sede (e non solo) gioca una serie di valutazioni, non ultima quella della prossimità alla residenza attuale.

Tuttavia, essendo ovviamente inverosimile che magistrati con una certa anzianità chiedano il mutamento di funzioni verso materie poco digeste o il trasferimento verso sedi problematiche, gli inevitabili *buchi* sono coperti dalle nuove leve (verosimilmente, da quelle che hanno ottenuto risultati peggiori, e che sono quindi postergate nell'espressione delle proprie preferenze). E, se già l'idea di spedire i novelli uditori ad affrontare sedi o situazioni difficili appare poco opportuna, ancora meno razionale sembrerebbe la loro adibizione al contenzioso specializzato.

Nella misura in cui si preveda che effettivamente la materia della cui eventuale trattazione separata si discute possa venire *snobbata* dall'aspirante magistrato medio, allora, la soluzione parrebbe doversi elaborare – ancora una volta – a livello di selezione.

14. La necessità di una teoria generale della specializzazione: le categorie di Legomsky

È caratteristico di ogni ente la tendenza a mantenere lo *status quo*⁷³³; traslando questo concetto nel campo della presente ricerca, diventa chiaro che ogni *claim* per una maggiore specializzazione è gravato dell'onere della prova della convenienza del cambiamento. Così, mancando risultanze capaci di ottemperarvi, pare doveroso concludere per l'impossibilità di emettere una valutazione netta della specializzazione/*expertise* in sé; di conseguenza, dinanzi alla chiara tendenza, mostrata anche dalla serie di indici sintomatici riportati *supra*, verso una maggiore specializzazione, diventa evidente che l'opportunità di isolare porzioni di contenzioso, per indirizzarle verso organi giudicanti *ad hoc*, non può essere determinata in astratto, viceversa risolvendosi in una questione di misura, da valutarsi caso per caso. Ciò permette senza dubbio di comprendere perché, essendo di norma ragioni pratiche a motivare le indagini sulla specializzazione, i relativi studi si rivelino quasi sempre settoriali; tuttavia, se questi ultimi rivestono certo grande interesse (non foss'altro che aneddótico) anche per il lettore straniero, la loro utilità in chiave comparatistica risulta fortemente ridimensionata, precisamente a causa delle peculiarità del sistema giuridico e delle contingenze in cui si collocano.

Il problema principale, una volta riconosciuta la necessità di graduare la specializzazione, è dunque l'assenza di parametri *standard* ai quali ancorare la quantificazione. Di qui, la rilevanza dello studio di Legomsky, che – con l'avvertimento che essi non sono intesi né come necessari, né come sufficienti – ha isolato una serie di criteri, sulla cui base apprezzare l'opportunità, o meno, di istituire una Corte specializzata⁷³⁴. L'opera dell'Autore è indubbiamente apprezzabile nel proprio sforzo, rimasto quasi isolato⁷³⁵, di approcciare il fenomeno in maniera globale; tuttavia, oltre all'ovvio rilievo che

⁷³³ È il c.d. *status quo bias*: v. WINTER, Harold, *How Does Behavioral Economics Contribute to the Economic Analysis of Law? A Brief Introduction to the Marriage of Economics and Psychology*, in ID., *Issues in Law and Economics*, Chicago, 2017, 207 ss.

⁷³⁴ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization*, Oxford, 1990, 20 ss.

⁷³⁵ Con la rilevante eccezione di BAUM, Lawrence, *Specializing the Courts*, cit.

Inoltre, va ricordato il già menzionato rapporto EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Territorial Jurisdiction*, cit., redatto su richiesta della Delegazione olandese, a cura di Denis Chemla (per la Francia), Burkhard Hess (per la Germania) e Anders Lindgren (per la Svezia). Pur non trattandosi di un lavoro scientifico in senso stretto, esso cerca di affrontare la questione della specializzazione in maniera

le categorie elaborate in *Specialized Justice*, in quanto riferite ad un contesto di *common law*, richiedono una parziale rilettura che ne consenta l'adattamento ad un sistema *civilian*, ulteriori rilievi critici paiono potersi trarre circa la loro effettiva utilità, alla luce di quanto sin qui esposto.

14.1 I criteri da rigettare

14.1.1 Specializzare il giudice, non la procedura

Anzitutto, sgomberando il campo da ciò che non pare potersi accogliere, può menzionarsi il criterio degli «*unique procedural needs*»⁷³⁶: è vero che, coerentemente con quanto si è già osservato, l'Autore ricorda che «*[n]o one procedure is ideal for all disputes*»⁷³⁷; tuttavia, egli identifica proprio nella possibilità di predisporre un procedimento differenziato uno dei vantaggi dell'istituzione di una Corte specializzata. In contrario, può osservarsi che una simile opzione condurrebbe ad un risultato già criticato in precedenza: la differenziazione dei riti per *categorie* di controversie⁷³⁸; sul punto, infatti, può concordarsi con il CCJE, che sottolinea come «*[i]ntroducing specific procedures for each specialist court is liable to lead to a proliferation of such procedures, creating risks vis-à-vis access to justice and certainty of the law*»⁷³⁹.

In realtà, una volta ammesso un reale *case management* da parte del giudice – e assicurato a livello istituzionale la sua istruzione in tal senso –, l'adeguamento della procedura al caso (e non alla categoria) sarebbe un portato naturale del giudizio⁷⁴⁰, specializzato o meno che sia.

astratta; l'impressione, peraltro, è che il contesto di origine degli Autori abbia pesato molto sul loro apprezzamento.

⁷³⁶ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 32.

⁷³⁷ *Ibid.*, 32.

⁷³⁸ V. *retro*, § 4.1.

⁷³⁹ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, cit., n° 32.

⁷⁴⁰ ZIMMER, Markus B., *Overview Of Specialized Courts*, cit., 2.

14.1.2 Fast-tracking?

Le considerazioni da ultimo espresse inducono a rigettare anche l'idea di riservare ad una Corte *ad hoc* le controversie che presentano uno «*special need for prompt resolution*»: ciò che va contrastato, una volta di più, è l'idea che sia possibile fissare in via legislativa, e quindi rigida, i confini di categorie omogenee per materia, tali da meritare un trattamento preferenziale. Non si tratta di discutere dell'opportunità politica ed, in ultimo, della legittimità del trattamento differenziato che ne scaturirebbe, quanto della constatazione che i casi non sono tutti uguali, anche quando riconducibili ad un unico ramo del diritto.

Lo stesso Tribunale in funzione di giudice del lavoro, in Italia, se trova una giustificazione storica (anche) nella necessità di risolvere celermente controversie che coinvolgono soggetti deboli e sono suscettibili di impattare su diritti direttamente costituzionalmente garantiti, oggi mantiene un senso solo sulla base di considerazioni pratiche: anzitutto, il tipo di atto introduttivo, che lascia maggiori margini di *time management* al giudice, e la scarsa attenzione prestata alla materia in sé in sede di preparazione e verifica concorsuale. Ma è noto che, nell'ambito degli stessi Tribunali, il ruolo viene organizzato dal magistrato – che, lì, può farlo, se voglioso e capace – anche sulla base di valutazioni nel merito dell'urgenza della pretesa, quand'anche non presentata nelle forme della tutela cautelare⁷⁴¹: così, i casi di licenziamento saltano la fila, mentre le semplici contestazioni di differenze retributive vengono postergate; il che è in certo qual modo comprensibile, ma dimostra che, sotto un'unica etichetta (controversie di lavoro) coesistono situazioni che meritano – nell'ottica macroeconomica del sistema – un trattamento differenziato, da valutarsi caso per caso, e non in astratto. Ciò che, appunto, può farsi semplicemente rendendo la procedura più flessibile, e, quindi, ampliando i poteri di *case management* dell'organo giudicante.

Ancora, dal punto di vista del carico del contenzioso, il Giudice del lavoro è oggi, più che altro, Giudice della previdenza sociale; sicché ciò che *economicamente*⁷⁴² sostiene

⁷⁴¹ Anzi, sembra avere molto più senso una pseudo-specializzazione funzionale rispetto al contenzioso cautelare – come è il caso del *juge des référés* francese – che, si direbbe, richiede *caratteristiche personali* particolari, di tipo tanto organizzativo, quanto *lato sensu* psichico (non a caso, in Francia la funzione è solitamente affidata al Presidente della giurisdizione; altro discorso è, poi, se la semplice anzianità, e la connessa ipotizzata esperienza, siano sufficienti allo scopo).

⁷⁴² V. *infra*, § 14.2.4.

la perdurante autonomia della funzione risulta, infine, essere *una sorta* di specializzazione in tale ultimo campo, fortemente caratterizzato da controversie seriali⁷⁴³.

Ciò che, tuttavia, conduce ad un ulteriore criterio da respingere.

14.1.3 Specializzazione non è sinonimo di alienazione

Per Legomsky, la specializzazione sarebbe tantopiù consigliabile quanto maggiore il «*degree of repetition*» di un certo tipo di controversia; ma, come si è anticipato, è in questi casi che l'esempio del *pin-maker* risulta maggiormente calzante.

La concentrazione della competenza a conoscere di controversie ripetitive nelle mani di pochi consente di minimizzare i costi di *formazione del personale*⁷⁴⁴; e la misura si rivela (più) efficace anche nei sistemi che prevedono strumenti *ad hoc* per fronteggiare i ricorsi seriali. Certo, rispetto alla *saisine pour avis*⁷⁴⁵ – che, in quanto *parere*, non è vincolante neppure per il giudice remittente e, quindi, *a fortiori*, per tutti gli altri – l'IRDR brasiliano si rivela astrattamente ben più incisivo; tuttavia, anche quest'ultimo soffre dei limiti, posto che il circoscritto ambito geografico di vincolatività del precedente rischia di creare giurisprudenze territoriali. Tuttavia, anche – ma non solo – in virtù di tali meccanismi, la specializzazione non sembra realmente necessaria: posto che essi sono volti a fronteggiare il contenzioso di massa – in quanto tale, verosimilmente diffuso sul territorio e ricorrente nel tempo –, la concentrazione dello stesso in specifiche Corti può certo apparire economicamente consigliabile; ma, è facile obiettare, riprendendo quanto già osservato⁷⁴⁶, che qualunque giudice – esperto o meno di quello specifico settore –, esaminata *una volta* la questione *giuridica* sottesa alla controversia (con libertà di giudizio o meno, a seconda dell'operatività dei summenzionati strumenti di nomofilachia), potrà facilmente ripetere lo

⁷⁴³ In tale ambito, peraltro, più che la conoscenza della normativa, viene in rilievo l'apprezzamento delle condizioni di fatto – tipicamente, mediche – atte a giustificare la pretesa; di conseguenza, la figura del consulente tecnico assume un ruolo centrale. Per tale motivo, appare opportuno rinviare l'approfondimento della questione al Capitolo III.

⁷⁴⁴ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 27.

⁷⁴⁵ La cui evoluzione recente, peraltro, denuncia il progressivo passaggio da un'autorevolezza del parere in quanto proveniente dalla *Cour de cassation*, ad una fondata sulla specializzazione dell'organo che lo emette:

Art. L. 441, *alinéa* 2, COJ, alla possibilità di adire la Corte anche per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro (peraltro introdotta piuttosto tardi, con l'art. 258 loi n°2015-990 du 6 août 2015) si è aggiunta la facoltà, per le *juridictions de l'ordre judiciaire*, di «*solliciter l'avis de la commission paritaire mentionnée à l'article L. 2232-9 du code du travail*»: così il testo modificato dall'art. 24(V) loi n°2016-1088 du 8 août 2016.

⁷⁴⁶ V. *retro*, § 13.1.4.

stesso ragionamento – o, ormai, farne un copia-e-incolla – quando messo di fronte ad un caso per la cui risoluzione rileva la stessa questione.

In entrambi i casi – ovvero, riconduzione di tale contenzioso ad una competenza diffusa o concentrata – il rischio del *confirmation bias* è dietro l'angolo; ed anzi, di esso potrebbe temersi la crescita, vista la diffusione di *logiciels* di *justice predictive*⁷⁴⁷, che pure risultano totalmente svincolati dalla specializzazione del giudice, tendenzialmente appuntandosi – invece – sul dato quantitativo. Tuttavia, posto che la ripetizione della stessa soluzione, in sé, risulta neutra circa la bontà della stessa (in altri termini: ammesso che fosse possibile stabilire che essa sia *corretta*, saremmo ancora disposti ad affermare con la stessa facilità che è frutto di *bias*?), proprio le recenti evoluzioni, a livello tanto legislativo che tecnologico, inducono a ritenere la serialità come un criterio recessivo, e comunque non determinante, rispetto alla scelta per la specializzazione.

14.1.4 Una nomofilachia a macchia di leopardo?

Neppure la «*peculiar importance of consistency*»⁷⁴⁸, che per Legomsky caratterizzerebbe alcuni settori più di altri, pare poter essere accolta quale reale criterio discretivo. In realtà, anche stavolta prescindendosi da ogni istanza demagogicamente egualitaria, può ammettersi che l'uniformità della giurisprudenza risulti economicamente più fruttuosa in alcuni casi (ad esempio, per gli operatori economici, cui è indispensabile poter basare le proprie scelte di *planning* su dati il più possibile certi); tuttavia, la conclusione cambia non appena si passi dal singolo campo al sistema nel suo complesso.

Poiché, come si vedrà, la soluzione più equilibrata sembra essere quella della semi-specializzazione, con la conseguenza che il contenzioso generalizzato dovrebbe comunque

⁷⁴⁷ Non potendo qui approfondire l'argomento, ci si limita a rinviare agli scritti più recenti; in particolare, seppur con varietà di sfumature, si possono distinguere contributi favorevoli (LAMON, Bernard, *La profession d'avocat et la justice prédictive : un bel outil pour le développement du droit*, in *Rec. Dalloz* 2017, 808 ss.; MELLERAY, Fabrice, *La justice administrative doit-elle craindre la « justice prédictive » ?*, in *AJDA* 2017, 193 ss.; ROUVIERE, Frédéric, *La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal*, in *RTD civ.* 2017, 527 ss.; ID., *Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot*, in *RTD civ.* 2018, 530 ss.) e contrari (DONDERO, Bruno, *Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?*, in *Rec. Dalloz* 2017, 532 ss.; GARAPON, Antoine, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *JCP* 2017, 31 ss.; MENECEUR, Yannick, *Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice*, in *JCP* 2018, 190 ss.; FERRIE, Scarlett-May, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, in *JCP* 2018, 297 ss.; GUERANDIER, François, *Réflexions sur la justice prédictive*, in *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018, 15 ss.). In quest'ultimo senso, tendenzialmente, anche DALFINO, Domenico, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.* 2018, V, 385 ss

⁷⁴⁸ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 28-29.

gravare, in certa misura, anche sui giudici specializzati, appare evidente l'interesse generale alla diminuzione del contenzioso globale: così, fintantoché si riconosca nella coesione (o meno) della giurisprudenza uno dei fattori maggiormente incisivi sulla scelta tra *transaction* e *litigation*, non appare utile concentrare gli sforzi nomofilattici (solo) in determinati settori.

Le ultime considerazioni svolte potrebbero apparire in contrasto con quanto affermato *supra*, § 13.2.4; in realtà, l'apparente contraddizione si risolve considerando che da un lato, sembra doversi riconoscere (ed apprezzare) una sorta di *capacità nomofilattica dal basso*, da parte delle Corti specializzate; dall'altro, per quanto da ultimo rilevato, tale effetto benefico deve considerarsi una *conseguenza* dell'opzione, già per altri motivi compiuta, per la specializzazione, e non un *criterio fondativo* della stessa scelta.

14.2 I criteri da ritenere

Eliminati i criteri che appaiono inadeguati a dirimere l'alternativa tra specializzazione o meno, resta da elencare quelli che, invece, appaiono utilmente spendibili a tal fine.

14.2.1 La complessità (in senso ampio) delle controversie

Se è vero che il primo, tradizionale, argomento pro specializzazione è l'esistenza di settori in cui la risoluzione delle controversie risulta particolarmente difficile, è chiaro che la valutazione va parametrata anzitutto sulla complessità delle questioni da affrontare.

Anzitutto, pertanto, è da verificare il concreto bilanciarsi del «*mix of law, fact and discretion*»⁷⁴⁹ e del grado di «*technical complexity*»⁷⁵⁰ che ciascun fattore presenta: se esistono certamente settori in cui l'incidenza degli apprezzamenti fattuali risulta preponderante rispetto all'elaborazione giuridica – com'è il caso del diritto penale, se rapportato al civile –, così come specifiche controversie sono pianamente qualificabili come *di puro diritto*, in quanto il dissidio tra le parti è circoscritto alla qualificazione e/o alle conseguenze di determinati fatti, peraltro pacifici tra le stesse, può affermarsi con buona approssimazione che il menzionato *mix* sia presente in ogni giudizio. L'apprezzamento dell'opportunità della costituzione di una Corte specializzata richiede, allora, una quantificazione statistica delle diverse occorrenze: più in particolare, se la preponderanza di

⁷⁴⁹ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 22 ss.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, 24 ss.

law questions tende a far pendere la bilancia verso la devoluzione al giudice generalista, la ricorrenza di categorie generali e clausole aperte – che incrementano il tasso di *discretion* (e di «*controversy*»⁷⁵¹, intesa come discutibilità delle soluzioni prospettabili, alla luce di considerazioni *lato sensu* politiche) del giudice – milita in senso opposto.

Infine, il peso, nella scelta, della proporzione di questioni di fatto varia in relazione al grado di giudizio: la già rilevata usuale deferenza delle Corti anglosassoni rispetto alla ricostruzione della vicenda fattuale compiuta dai giudici inferiori rende ben comprensibile l'affermazione che «[t]he typically narrow role of the reviewing tribunal on questions of fact and discretion radically diminishes the value of specialized expertise»⁷⁵²; ma si è visto pure che in questa direzione che stanno muovendo, da ultimo, anche i Paesi europei continentali, ove, ferma la competenza di sola legittimità della Corte suprema, lo stesso giudizio d'appello è sempre più ricostruito come un grado solo eventualmente garantito (almeno) nella sua pienezza e, comunque, progressivamente limitato nella possibilità di revisione del fatto già apprezzato dal giudice di prima istanza.

Peraltro, se l'utilizzo di personale specializzato nel *fact-finding*⁷⁵³ risulta preferibile (tendenzialmente) solo in prima istanza⁷⁵⁴, il grado sembra assumere rilievo anche in relazione alle altre due componenti del mix: *in linea teorica*, anche l'interpretazione dei concetti poco definiti e, più in generale, della legge dovrebbe essere attribuita ad organi dalla competenza generale e dalla visione più comprensiva, man mano che si risale nella scala delle impugnazioni; sicché la Corte di cassazione dovrebbe rappresentare l'archetipo del giudice generalista. E, del resto, se davvero può rinvenirsi, nella scelta terminologica *vaga* del legislatore, la volontà di ampliare il margine di discrezionalità – anche in virtù di considerazioni politiche – del giudice, e se, come si è già segnalato, è proprio questo ruolo pseudo-legislativo a caratterizzare sempre più le Corti di ultima istanza, parrebbe doveroso ritenere operante anche in quest'ambito quella «legge gerarchica della generalità crescente» che riconosce «l'eccellenza della tendenza sintetica su quella analitica, della attrazione

⁷⁵¹ *Ibid.*, 27-28.

⁷⁵² *Ibid.*, 24.

⁷⁵³ Il tema sarà approfondito nel Capitolo III.

⁷⁵⁴ RAI, Arti K., *Specialized Trial Courts: Concentrating Expertise on Fact*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2002, 897.

unitaria sulla pluralistica dispersione»⁷⁵⁵: in altri termini, ogni scala gerarchica si caratterizzerebbe secondo un grado via via crescente di generalità.

La bontà del ragionamento si scontra, però, con la peculiarità della situazione in cui versano la Cassazione italiana e quella francese, ove è la quantità dei ricorsi, prima ancora che la loro eterogeneità, a rendere indispensabile la divisione del lavoro.

Certo, gli effetti collaterali della settorializzazione si fanno sentire, particolarmente quanto alle discipline trasversali: i consiglieri intervistati da Di Federico, infatti, già alla fine degli anni '60 sottolineavano che «il tipo di divisione del lavoro tra le sezioni semplici, basato come esso è su classificazioni tratte dal diritto sostanziale, non crea alcun tipo di specializzazione relativa alla interpretazione delle norme di rito. Di conseguenza, [...] le difformi interpretazioni giurisprudenziali del diritto si verificano in Corte di cassazione prevalentemente in relazione a questioni giuridiche che implicano la interpretazione di norme procedurali»⁷⁵⁶. Né il rimedio escogitato dalla *Cour de cassation* – alla cui seconda *Chambre* sono attribuite le controversie relative alla *procédure civile* – sarebbe sufficiente, se non fosse accompagnato da uno strumento ulteriore, sviluppatosi prima nella prassi e poi ufficializzato dal legislatore: la *saisine entre Chambres*⁷⁵⁷.

Infatti, posto che la ripartizione delle materie tra le sezioni, come in Italia, non crea vincoli al precedente orizzontale della Corte stessa⁷⁵⁸, nulla teoricamente impedisce ad altra *Chambre*, in quanto unità equivalente in tutto e per tutto a quella esperta⁷⁵⁹, di discostarsi dalla soluzione affermata da quest'ultima. Tuttavia, convalidando l'uso già invalso di consultazioni informali tra Sezioni, l'art. 1015-1 CPC, *alinéa 1*⁷⁶⁰, ha previsto che «[l]a

⁷⁵⁵ FISICHELLA, Domenico, *Crisi della politica e governo dei produttori*, Roma, 2007, 165. Partendo da un punto di vista esattamente opposto, tuttavia, si potrebbe affermare che «[w]hen the law is clear but difficult to apply to complex factual situations, the place to specialize is at the trial. When the facts are clear but the law is complex, or in need of judicial elaboration, expertise would be more valuable at the appellate level, where the court could make needed doctrinal innovations without concern for creating disuniformity»: cfr. DREYFUSS, Rochelle C., *The Federal Circuit: A Case Study in Specialized Courts*, in *NY Un. L.R.*, 1989, 74.

⁷⁵⁶ DI FEDERICO, Giuseppe, *La Corte di cassazione*, cit., 51.

⁷⁵⁷ PERDRIAU, André, *Les avis entre chambres de la Cour de cassation*, JCP 1999, n° 51, 2287 ss.

⁷⁵⁸ Al contrario, in Svizzera, la *répartition des affaires* – art. 22, *Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005* – comporta che una camera (secondo la terminologia della legge, una *cour*) non può discostarsi dalla «*jurisprudence arrêtée par une ou plusieurs autres cours qu'avec l'accord des cours intéressées réunies*» (art. 23, *alinéa 1*, LTF); e, se la questione rileva della competenza di più *cours*, è necessario l'accordo di tutte (art. 23, *alinéa 2*, LTF).

⁷⁵⁹ Così come, in Italia, le Sezioni della Corte di cassazione: v. AULETTA, Ferruccio, *Profili nuovi del principio di diritto*, cit., 1 ss.; ID., *Note intorno alla prima applicazione del c.d. «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, cit., 769 ss.

⁷⁶⁰ Introdotta con *Décret n°99-131 du 26 février 1999*.

*chambre saisie d'un pourvoi peut solliciter l'avis d'une autre chambre saisie sur un point de droit qui relève de la compétence de celle-ci» (alinéa 1); meccanismo, certo, imperfetto⁷⁶¹, nella misura in cui il parere resta comunque formalmente non vincolante e la semplice menzione degli avvenuti richiesta e rilascio del parere nel testo dell'*arrêt* non fornisce informazioni circa l'effettivo contenuto dello stesso e, quindi, circa la conformazione – o meno – ad esso da parte della *Chambre* decidente. Tuttavia, «*on peut penser que si cette chambre estime devoir s'opposer à cet avis, il serait souhaitable de réunir une chambre mixte ou une assemblée plénière plutôt que de laisser naître une divergence de jurisprudence*»⁷⁶². Con un correttivo ispirato⁷⁶³ al modello della *saisine entre Chambres*, dunque, sembrerebbe potersi conciliare l'opportunità di uno sguardo a 360° con l'esigenza di fronteggiare, anche tramite la specializzazione, l'ingolfamento delle Corti supreme.*

14.2.2 L'autoreferenzialità del ramo del diritto in questione

Con il termine «autoreferenzialità» possono riassumersi le categorie, utilizzate da Legomsky, del «*degree of isolation*» e della «*cohesiveness*». Dal primo punto di vista, infatti, la convenienza della specializzazione risulta direttamente proporzionale al grado di «*discreteness*» – e quindi di chiusura e separatezza delle questioni coinvolte, rispetto ad altre aree del diritto – e «*uniqueness*» (per cui il ricorso all'analogia *esterna* è particolarmente raro) del settore⁷⁶⁴: più essi risultano elevati, minori sono i rischi della c.d. *tunnel vision*.

Quanto al secondo profilo, è ovvio che la presenza di interconnessioni all'interno della materia specifica incrementa la necessità che ad occuparsene sia un soggetto che ne abbia una conoscenza approfondita, laddove il decisore saltuario – che pure sarebbe

⁷⁶¹ E meno incisivo del sistema di *troika*, escogitato dal *Conseil d'Etat* per rimediare alla sopravvenuta impossibilità, per il Presidente, di presiedere tutte le formazioni di giudizio, stante il loro aumento nel tempo: LABETOULLE, Daniel, *Une histoire de troika*, in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, 2002; ANCEL, Pascal - RIVIER, Marie-Claire, *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, 2003, 183; RENAUDIE, Olivier, *Les communiqués de presse du Conseil d'Etat : outil pédagogique ou support de communication ?*, in RAIMBAULT, Philippe - HECQUARD-THERON, Maryvonne (dir.), *La pédagogie au service du droit. Actes du colloque des 28 & 29 Janvier 2010*, Toulouse, 2011, 301.

⁷⁶² BORE, Jacques - BORE, Louis, *Pourvoi en cassation*, in *Rep. proc. civ.*, 2015 (*actu* : 2019), n° 723.

⁷⁶³ Peraltro, di mera ispirazione sembra doversi discutere, in quanto la *Chambre* consultata rende il proprio parere al di fuori di ogni contraddittorio, come accadeva, nel Regno Unito, con l'*assessor*, che «rispondendo ai quesiti che gli sono sottoposti "in private"» – cfr. DENTI, Vittorio, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 425-426 –, non ha mancato di suscitare dubbi di compatibilità con l'art. 6 CEDU (cfr. AULETTA, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 471; ma v. già ID., *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 23).

⁷⁶⁴ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 26-27.

certamente in grado di individuare (quella che sembra) *la* disposizione specifica sotto la quale sussumere i fatti – potrebbe trascurare, in ragione della sua scarsa familiarità con la materia, l'esistenza di altri indici normativi (magari collocati, anche in ragione dell'inaccuratezza del legislatore, in *luoghi* scarsamente attinenti con la materia *de qua*, e quindi difficili da *immaginare*) suscettibili di impattare sulla controversia.

D'altro canto, all'aumentare del grado di chiusura del sistema, si incrementa anche il rischio di «*clannishness*»: quando il settore regolato risulta talmente elitario da consentire ai pochi operatori di *fare gruppo*, sono ancora una volta ragioni politiche a far ritenere che «*superimposing specialist adjudicators on this type of structure is potentially unhealthy*»⁷⁶⁵. Tra l'altro, il fenomeno si autoalimenterebbe perché, favorendo lo sviluppo di un gergo specializzato, il settore diverrebbe sempre più inaccessibile ai non addetti ai lavori⁷⁶⁶.

L'argomento non può essere rigettato aprioristicamente, ma neppure generalizzato.

Anzitutto, va considerato il contesto di provenienza del rilievo, posto che è proprio nei Paesi di *common law* che è da più tempo avvertito il malessere rispetto al linguaggio giuridico (in sé, senza limitazioni di materia), ritenuto eccessivamente distante da quello comune, e pertanto incomprensibile all'uomo della strada⁷⁶⁷; in secondo luogo, è talvolta la stessa natura delle questioni coinvolte – soprattutto quando *fact-intensive* e relative a settori tecnici extragiuridici – a richiedere l'utilizzo di un vocabolario specifico.

Infine, non pare che – in nome dell'accessibilità del diritto al cittadino, che pure è un'esigenza giustamente avvertita, soprattutto oggi e con riferimento alle Corti supreme⁷⁶⁸ – debba essere sacrificata l'accuratezza del linguaggio⁷⁶⁹: così, nonostante le ottime intenzioni, la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese di eliminare l'utilizzo del termine «*grief*» perché «*considéré comme difficile d'accès pour le grand public*» e abbandonare la clausola «*délibéré par le Conseil constitutionnel*» per sostituirla con «*jugé*»

⁷⁶⁵ *Ibid.*, 28.

⁷⁶⁶ RIFKIND, Simon, *A Special Court for Patent Litigation*, cit., 425-426.

⁷⁶⁷ Basti pensare alla campagna a favore di un *plain legal English*, lanciata da Fred Rodell già nel 1936: v. <http://www.plainenglish.co.uk/>.

⁷⁶⁸ Sul punto v. CAPASSO, Valentina, *La motivation enrichie*, cit., 532 ss.

⁷⁶⁹ In questo senso, v. anche BIAVATI, Paolo, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 483

par le Conseil constitutionnel»⁷⁷⁰ sembra davvero eccessiva, se non addirittura offensiva dell'intelligenza dei cittadini.

14.2.3 L'instabilità della disciplina

Il «*dynamism*»⁷⁷¹ della legislazione deve ritenersi criterio utile, ma concorrente: non essendo, infatti, ipotizzabile di ancorare la scelta pro-specializzazione alla mera constatazione del ripetuto intervento legislativo nella materia, è certo che, una volta individuata quest'ultima, la circostanza che la sua disciplina risulti magmatica non fa che rendere l'opzione specialistica più apprezzabile.

Richiamando quanto già affermato⁷⁷² circa i nuovi limiti al principio *jura novit curia*, è evidente che, qualunque sia l'obbligazione del giudice rispetto al proprio aggiornamento professionale, da uno specialista potrà (ragionevolmente) esigersi un maggior impegno e, probabilmente, attendersi un maggior successo nello star dietro non solo all'effervescenza normativa, ma pure alle eventuali pronunce di legittimità (ma non solo) e agli argomenti della dottrina.

14.2.4 Le variabili «logistiche»: «volume, time per case, and geographic distribution»

Se, in generale, l'istituzione di un nuovo ufficio giudiziario, qualunque ne sia l'estensione della competenza, si giustifica evidentemente solo in relazione all'esigenza di far fronte ad un alto carico di contenzioso⁷⁷³, l'argomento vale a maggior ragione rispetto alla creazione di una Corte specializzata, che sarebbe un *nonsense*, qualora se ne prospettasse (già a monte) un utilizzo subottimale. A ciò si aggiunga che, quando, per varie esigenze – a cominciare dalla necessità di garantire l'accesso al giudice, che si è visto essere, quantomeno in Europa, un tema particolarmente sentito⁷⁷⁴ –, si prospetti l'introduzione (non di un unico centro specializzato, ma) di una pluralità di uffici, distribuiti sul territorio, la quantificazione

⁷⁷⁰ SDER, BDP, *Les modifications de rédaction et de motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, dicembre 2016, su www.courdecassation.fr, 2.

⁷⁷¹ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 29-30.

⁷⁷² V. *retro*, § 12.1.1.

⁷⁷³ Essendosi, viceversa, già rilevata la tendenza – economicamente razionale – all'accorpamento degli uffici minori, precisamente allo scopo di beneficiare (anche) di economie di scala: v. *retro*, § 7.

⁷⁷⁴ V. ancora *retro*, § 7.

prospettica dei potenziali fruitori della giustizia specializzata diventa essenziale, perché se «[a] *small pie is inconvenient enough, [...] having to carve it into even smaller segments exacerbates the problem*»⁷⁷⁵. In quest’ottica, la riforma belga del 2014 – che pur ha curato di operare una riorganizzazione degli uffici che non impattasse negativamente sulla prossimità delle Corti ai *justiciables* – ha riservato alla competenza esclusiva del Tribunale di Bruxelles alcuni tipi di controversie (quali quelle in materia di *nuclear e oil pollution liability*, oltre alle *class-actions*), proprio in considerazione del loro limitato numero⁷⁷⁶.

Una simile valutazione, invece, è stata ritenuta esser mancata in Italia, all’atto della trasformazione (o, meglio, trasfigurazione)⁷⁷⁷ delle Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale (PII) in Sezioni specializzate in materia di impresa⁷⁷⁸; tuttavia, se è vero che, in generale, «il contenzioso in materia [industrialistica], pur delicatissimo, è molto ridotto»⁷⁷⁹ e che, più specificamente, «in quasi dieci anni di funzionamento delle sezioni specializzate PII la gran parte (circa il 90%) del contenzioso si era concentrata solo su alcune delle originarie sezioni specializzate», mentre quello «presso le altre sezioni era estremamente ridotto, ai limiti del simbolico»⁷⁸⁰, può forse comprendersi il (criticato) ampliamento della competenza delle nuove Sezioni; un fenomeno simile, del resto, si è verificato per il *Federal Circuit*, nato dalla fusione della *US Court of Customs and Patent Appeals* e dell’*appellate division* della *US Court of Claims*; e, come si vedrà, la multi-specializzazione che ne è risultata sembra aver seguito – consciamente o meno – la strada preferibile.

15. Il giusto equilibrio

Una volta che, soppesata la sussistenza dei criteri di cui sopra, la scelta dovesse cadere sulla specializzazione, il perdurante dubbio negli effetti reali della stessa parrebbe consigliare la ricerca di soluzioni di compromesso.

⁷⁷⁵ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, cit., 31.

⁷⁷⁶ VOET, Stefaan, *Belgium’s New Specialized Judiciary*, cit., 136 e 142-143.

⁷⁷⁷ CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 526 ss.

⁷⁷⁸ TAVASSI, Marina, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell’impresa*, cit., 1117.

⁷⁷⁹ CASABURI, Geremia, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta*, cit., 176.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, 518.

La prima a venire alla mente, non foss'altro che per la sua diffusione nei sistemi continentali, è la rotazione degli incarichi dei singoli magistrati: ferma la competenza specializzata della Corte in questione, si andrebbe ad agire sul suo personale. In questo senso va la regola di rotazione decennale, invalsa tanto in Italia quanto in Francia⁷⁸¹; ma è evidente che, anche a voler utilizzare la più permissiva tra le nozioni di esperto tra quelle fornite, ciò significa imporre al singolo magistrato di abbandonare il proprio ruolo – rispetto al quale ha appena acquisito l'esperienza necessaria perché la propria opera sia davvero efficace⁷⁸² – per andarne a ricoprire un altro, da novizio⁷⁸³. Una condizione, questa, non risolta dalla proposta di Rordorf, che, nell'immaginare *uffici* (e non *giudici*) specializzati, ritiene possibile approntare «meccanismi di avvicendamento dei giudici con maggiore anzianità specifica, i quali avranno frattanto contribuito a formare altri colleghi con anzianità minore, a condizione che l'ufficio resti sempre composto da una maggioranza di giudici sufficientemente esperti del ramo»⁷⁸⁴: l'idea, infatti, appare anzitutto concentrarsi solo sulle esigenze dell'ufficio di partenza del giudice in odore di rotazione, mentre trascura quelle della Corte (o della sezione) di destinazione; inoltre, oblitera la circostanza che la sede reale per il trasferimento di saperi tra più e meno anziani è il collegio; formazione che, come più volte notato, è ormai divenuta una rarità.

Certo, non mancano ragioni ulteriori alla mobilità: in Francia – dove essa è considerata una reale *obligation* che pesa sui giudici⁷⁸⁵ – il *Conseil supérieur de la magistrature* disegna «*la mobilité géographique et la mobilité fonctionnelle [...] comme une source d'enrichissement pour le magistrat. Elle présente aussi une garantie contre les risques de pratique routinière ou de trop grande implication locale*»; quella funzionale, poi,

⁷⁸¹ Il 18 febbraio 2019, il Senato francese ha adottato definitivamente il *projet de loi de programmation* 2018-2022, che fissa, come regola generale, in 3 e 10 anni, rispettivamente, la durata minima e massima di «*affect[ation] [...] dans la même juridiction*» (art. 1er A), facendo salve le previgenti disposizioni specifiche; pertanto, resta fermo che i giudici specializzati – *juge d'instruction, juge des enfants, juge de l'application des peines, juge des libertés et de la détention, juge chargé du service d'un tribunal d'instance* – non possono svolgere tale incarico per più di 10 anni; i presidenti di corte per più di 7; i magistrats «*placés*» (ovvero, sostituiti ad interim) per più di 8.

⁷⁸² Sostanzialmente in termini, vista anche la sua idea di giudice (che si è qui preferito definire) specializzando, CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 528.

⁷⁸³ Un simile tipo di organizzazione è scarsamente diffuso negli Stati Uniti; tuttavia, MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma*, cit., 477-478, riporta almeno 2 casi: la *appellate division* della *New Jersey Superior Court* (in cui la rotazione è quinquennale) e la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* (in cui l'assegnazione ad una certa divisione dura 3 anni).

⁷⁸⁴ RORDORF, Renato, *La professionalità dei magistrati*, cit., 273.

⁷⁸⁵ Giudicata non contrastante con il principio di inamovibilità del giudice e, quindi, conforme a Costituzione, da *Cons. Const.*, n° 2001-445 DC du 19 juin 2001.

«est l'expression de la curiosité intellectuelle du magistrat et permet aussi de mesurer sa capacité d'adaptation à des situations nouvelles»⁷⁸⁶.

Può anche ammettersi la razionalità di simili rilievi; tuttavia, senza neppure bisogno di ricorrere alle facili obiezioni che naturalmente scaturirebbero dal parallelo con una qualsiasi azienda privata – ove un simile scambio di ruoli sarebbe improponibile –, e trascurando il commento dell'(incredibile) affermazione del CCJE che, nell'esaltare la versatilità dei magistrati europei, capaci di «*chang[e] assignments several times in the course of their career*», finisce per trarre la dimostrazione della necessità del *generalist judge*⁷⁸⁷ da una mera tecnica (non certo necessitata) di amministrazione degli uffici, sono le stesse vicende giudiziarie e gli studi condotti nel settore a ingenerare il dubbio che lo scotto da pagare sia troppo grande.

Quanto alle prime, basti pensare agli accadimenti successivi agli attentati di Parigi del 23 novembre 2015: come denunciava una giornalista sulle pagine di *Les Echos*, «[o]n a vu sur tous les plateaux de télévision, dans de nombreux journaux, Marc Trévidic apporter son expertise de juge antiterroriste [...]. Sauf que Marc Trévidic n'est plus juge antiterroriste. Depuis septembre 2015, il est premier vice-président au tribunal de grande instance de Lille. Ceux qui ne connaissent pas les règles de mobilité interne à la magistrature s'étonnent : comment peut-on passer aussi facilement d'une spécialité à une autre ? Les compétences de monsieur Trévidic ne seraient-elles pas mieux utilisées à Paris qu'à Lille ?»⁷⁸⁸.

Quanto ai secondi, se i costi del *turnover* – dovuti alla circostanza che «*workers who acquire firm-specific skills will lose value if prematurely terminated (and firms will incur added training costs if such employees quit)*»⁷⁸⁹ – sono già stati segnalati nello studio, ormai risalente, dedicato da Di Federico alla Corte di cassazione⁷⁹⁰, il fenomeno non è certo

⁷⁸⁶ CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Rapport annuel d'activité 1999*, 1er janvier 2000, su <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>, 57.

⁷⁸⁷ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, cit., n° 27: «[t]his is why it is vital, from the outset, for judges to have general training in order to acquire the requisite flexibility and versatility to cope with the needs of a general court, which has to deal with an enormous variety of matters, including those requiring a certain degree of specialisation».

⁷⁸⁸ DE SENNEVILLE, Valérie, *Faut-il revenir sur la mobilité des magistrats spécialisés ?*, in *Les Echos*, 14 décembre 2015, www.lesechos.fr.

⁷⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver E., *Transaction Cost Economics*, in MÉNARD, Claude - SHIRLEY, Mary M. (ed.), *Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht, 2005, 55.

⁷⁹⁰ DI FEDERICO, Giuseppe, *La Corte di cassazione*, cit., 81 ss.

limitato alla situazione contingente di tale specifico ufficio, peraltro in un momento di transizione. Anzi, l'interesse tributato alla questione dal *Conseil supérieur de la magistrature* rappresenta la spia della generalizzazione del problema: basti pensare che in Francia, nel biennio 2015-2016, i *déplacements* hanno interessato 2998 magistrati, ovvero più di un terzo degli effettivi⁷⁹¹.

Se la mobilità si dimostra, quindi, letale per la specializzazione, ai suoi *side effects* devono poi aggiungersi i costi ingenerati dal trasferimento del ruolo, vieppiù acuiti dall'organizzazione di lavoro parallelo che, *sub-ottimale* di per sé, comporta che, nel passaggio di consegne, la quantità di «fascicoli aperti» ricevuti dal giudice subentrante (esperto o meno che sia), con contestuale necessità di *mise à jour* per quest'ultimo, risulti spropositata rispetto a quella che potrebbe risultare da una gestione sequenziale⁷⁹².

Più efficace, sotto il profilo delle obiezioni, non al *merito* della specializzazione, quanto al suo perseguimento *sempre e comunque*, è la necessità di coprire le vacanze di organico, *naturali* – nella loro patologia – quando il numero degli effettivi è sistematicamente inferiore al fabbisogno: in effetti, ha poco senso puntare ad un incremento puntuale della *qualità* (latamente intesa), quando la mancanza di personale non consente neppure di garantire il minimo della *quantità* in determinate zone o materie.

Una possibile risposta alla serie di problemi summenzionati, negli Stati Uniti, è stata rinvenuta nel meccanismo stesso dell'*opinion assignment*, che – come visto – consente una specializzazione *de facto*, al contempo evitando i maggiori rischi usualmente collegati alla stessa: come rileva Cheng, infatti, ogni tipo di influenza lobbistica nella nomina è tendenzialmente da escludere, posto che nulla assicura, anzitutto, che un determinato magistrato sviluppi una particolare *expertise* in qualche campo⁷⁹³, né, in tal caso, che il settore di tale competenza corrisponda necessariamente alla sua esperienza pregressa⁷⁹⁴; e, per le stesse ragioni, non v'è da temere una minore attrattività del ruolo, e la conseguente inferiore qualità dei candidati. Ancora, la circostanza che il giudice – pur esperto – si trovi esposto in maniera randomica ad una vasta e diversificata serie di controversie evita il rischio

⁷⁹¹ DANET, Jean, *Mouvements et mobilité d'un corps. Une étude des « transparences » au siège et au parquet (années 2015 et 2016)*, 2017, in <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>, 96

⁷⁹² V. *retro*, § 6.2.1.

⁷⁹³ Del resto, lo studio di ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals*, cit., 416-424, rende palese l'eterogeneità del grado di specializzazione nei diversi *Circuits*.

⁷⁹⁴ Come si è visto *retro*, § 12.3, in nota, rispetto all'esperienza come procuratore e la specializzazione in materia penale.

di sviluppare una *tunnel vision*; infine, non trattandosi della creazione di una Corte *ad hoc*, da un lato, il sindacato relativo ad ogni specifica questione resta sufficientemente diffuso – evitandosi il rischio della concentrazione del potere e dell’elaborazione giuridica da parte di un solo centro di irradiazione – e, dall’altro, non si pongono problemi di adattamento del personale alle possibili fluttuazioni del contenzioso “specializzato”⁷⁹⁵.

La proposta non è certo scevra di criticità, la più grave delle quali essendo rappresentata dalla disparità di trattamento tra litiganti, posto che – in virtù della selezione casuale del collegio giudicante – controversie uguali potranno, come no, beneficiare della redazione esperta dell’*opinion*⁷⁹⁶; rimosso, in ipotesi, tale ostacolo *di principio* – che, ovviamente, postula il superamento della finzione della perfetta fungibilità tra giudici –, essa, peraltro, sembrerebbe sufficientemente bilanciata da poter essere accolta. Ciò che, tuttavia, *praticamente* osta al ritenerla risolutiva è la sua evidente applicabilità con esclusivo riferimento a giurisdizioni collegiali, e quindi, di regola, d’impugnazione, vista la tendenziale generalizzazione dell’organo monocratico quale giudice di primo grado. Così, anche alla luce di quanto già detto in merito alla maggiore convenienza di una specializzazione nei gradi inferiori di giudizio, la questione resta aperta.

A tal proposito, tuttavia, utili spunti possono ancora una volta essere ricercati nell’opera di Legomsky⁷⁹⁷: l’Autore, in effetti, partendo dall’elementare rilievo che agire sull’intensità della specializzazione – nella specie, attenuandola – permette di regolare anche l’intensità dei pro e dei contro che essa porta con sé, immagina 3 possibilità.

La prima, che gli appare preferibile, sembra però di ardua realizzazione: egli evoca una multi-specializzazione (per settori più o meno affini), riferendola, però, non all’ufficio, bensì al singolo giudice: in sostanza, posto che nulla cambierebbe, a livello di individuo – e di suoi eventuali limiti cognitivi –, se, piuttosto che ad una Corte mono-specialistica, egli venisse assegnato ad un ufficio cui sia attribuita la competenza per una serie ristretta, ma comunque disomogenea di materie, ma finisse *comunque* per occuparsi di un’unica specie di contenzioso, l’idea di Legomsky è che anche *ciascun magistrato* sia particolarmente qualificato in tutti (o almeno in una parte de)i settori di attività dell’istituzione di

⁷⁹⁵ CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, cit., 550 ss.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 558.

⁷⁹⁷ LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice*, 34 ss.

appartenenza⁷⁹⁸. Ma, se l'idea, in sé, appare logica e funzionale, le possibilità che una simile coincidenza di specializzazioni fra Corte e singolo si verifichi effettivamente appaiono estremamente scarse⁷⁹⁹. In senso contrario, Ginestet⁸⁰⁰ rileva, con riferimento *Juridictions interrégionales spécialisées (JIRS) en matière économique et financière*, che esse, «étant les mêmes que celles spécialisées pour la criminalité organisée, la spécialisation des magistrats est aussi vaste que la liste des infractions concernées est longue. Les juges sont donc polyvalents et pourront avoir à traiter aussi bien de trafic de stupéfiants ou de séquestration de personne en bande organisée que de contrefaçon ou d'atteinte aux dessins et modèles».

Il rilievo, peraltro, va ridimensionato, alle JIRS essendo devoluta una cognizione residuale: posto che, infatti, un *pôle économique et financier* è presente in quasi ogni TGI, «[l]a distinction doit s'opérer entre les dossiers de grande complexité et les dossiers de très grande complexité»⁸⁰¹; di conseguenza, «[c]es juges vont pouvoir prendre le temps de démonter les rouages complexes des faits qui leur sont soumis, car ils n'ont pas à gérer les affaires courantes [...]. De sorte que l'efficacité du système repose entièrement sur une rigoureuse sélection des affaires, afin de réserver aux JIRS une intervention exceptionnelle»⁸⁰².

⁷⁹⁸ Solo apparentemente in linea è la proposta di MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma*, cit., 475 ss.: l'Autore, dichiaratamente ispirandosi alla prassi europea (specialmente tedesca: *ibid.*, 476), propone una «[s]ubject matter organization» – in base alla quale gruppi di 3-5 giudici dovrebbero essere incaricati della risoluzione di specifici tipi di controversie – onde consentire, al contempo, di evitare la pluralità randomica di voci sulla stessa questione di diritto e di garantire ai ricorrenti la conoscenza preventiva del proprio giudice (anche a fini dissuasivi). Nulla è detto quanto alla specifica competenza dei giudici assegnandi; anzi, Meador ritiene che «[a]lthough stable, the panels [should not be] permanent; they [should] gradually shift through staggered rotation» (*ibid.*, 475), e che la suddivisione dovrebbe garantire l'assegnazione di una «mixture of types of cases», al preciso fine di evitare «the undesirable features of narrow specialization» (*ibid.*, 476). Così, secondo l'Autore, i magistrati coinvolti non diventerebbero «specialists» (*ibid.*, 482); tuttavia, l'*expertise* che essi acquisirebbero per il semplice fatto di essere esposti ad un numero più circoscritto di law fields incrementerebbe la velocità e la qualità delle decisioni (*ibid.*, 481-482); è tuttavia superfluo precisare, alla luce di quanto sin qui detto, che l'opinione non pare meritare condivisione.

⁷⁹⁹ V., rispetto all'ampia competenza delle Sezioni specializzate per le imprese, CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 528; BALENA, Giampiero, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, cit., 341; CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, cit., 827, testo e nota 78. Ma già con limitato riferimento al (lo all'epoca fallito) tentativo di devolvere alle Sezioni PII le controversie in materia di appalti pubblici, v. FLORIDIA, Giorgio, *Sulla "despecializzazione" delle Sezioni specializzate*, cit., 295.

⁸⁰⁰ GINESTET, Catherine, *Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges*, cit., 131.

⁸⁰¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Juridictions interrégionales spécialisées (JIRS)*. Interview de Pascal Guichard, vice-président chargé de l'instruction à la JIRS de Marseille, 13 décembre 2007, su <http://www.justice.gouv.fr>, accesso il 15.03.2019.

⁸⁰² GINESTET, Catherine, *Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux*, cit., 132.

Una seconda alternativa – consistente nell’avvalersi di specialisti *a tempo determinato* –, se può apparire economicamente razionale, in quanto consentirebbe, ad esempio, di far fronte a picchi di contenzioso transeunti senza la necessità di aumentare permanentemente l’organico, si scontra la radicata concezione del giudice di carriera tipicamente *civilian*. Ciononostante, l’idea prospettata dall’Autore potrebbe rivelarsi vincente, se declinata nel senso (non di una alternativa, ma) di un affiancamento al giudice generalista; e, se una simile eventualità è proponibile con riferimento a determinati settori che richiedono particolari conoscenze giuridiche – essendosi, anzi, già prospettato «uno stabile assessorato notarile dell’ufficio giudiziario (per es., nelle materie dell’esecuzione forzata, dei rapporti successori e di diritto reale in genere ovvero dei procedimenti in camera di consiglio)», pienamente ammissibile, «[d]ata la nomina comune “per concorso”»⁸⁰³ delle figure implicate –, il modello, come si vedrà⁸⁰⁴, appare perfettamente attuabile all’ipotesi in cui l’integrazione di cui abbisogni il giudice sia di tipo extragiuridico.

Ma, come anticipato, è il terzo correttivo ipotizzato da Legomsky a poter essere qui invocato a tranquillizzare i fobici della specializzazione (giuridica): prevedere che «*those who have specialized jurisdiction also hear general cases*» permette di evitare l’isolamento delle competenze di tali soggetti – e quindi lo sviluppo della *tunnel vision* – e di modularne l’agenda secondo le effettive necessità dell’ufficio, anche, se del caso, adattandole *in corsa*; nello stesso tempo, inoltre, la soluzione assicura la parità di trattamento dei litiganti, ai quali è comunque garantito che, qualora la controversia non rientri nel campo del diritto comune, sarà invariabilmente il giudice specializzato ad occuparsene.

Alla luce di tali rilievi, è forse da rivalutare in positivo la competenza disegnata dal legislatore italiano per le Sezioni specializzate per le imprese: al di là di ogni questione di merito quanto alla scelta delle materie da riservare alla loro competenza, e nella consapevolezza che l’attribuzione all’ufficio nulla dice sulla concreta ripartizione del lavoro tra i singoli collegi, la previsione per cui i giudici ivi addetti, oltre ad essere competenti sulle cause connesse, possono vedersi assegnare «anche la trattazione di processi diversi, purché

⁸⁰³ AULETTA, Ferruccio, *La trascrizione dell’accordo di negoziazione assistita per nullastato del p.m. a proposito di notariato e giurisdizione*, 2018, in <https://biblioteca.fondazione-notariato.it>, § Alla prospettiva di un’osmosi con le funzioni giudiziarie in epoca di *déjudiciarisation*.

⁸⁰⁴ V. *infra*, Capitolo IV.

ciò non comporti ritardo nella trattazione e decisione dei giudizi in materia di impresa»⁸⁰⁵ sembra meno deprecabile⁸⁰⁶ di quanto sia apparsa ai più⁸⁰⁷.

Certo, se l'adibizione *part time*, oltre a presentare i benefici già menzionati, riduce anche la ricorrenza (in valore assoluto) di casi in cui mobilitare degli *heuristics* – con effetti, per quel che si è detto, ambivalenti –, resta pur sempre il rischio, del resto esplicitamente riconosciuto dall'ultimo inciso della disposizione citata, che una delle mansioni finisca per assumere peso preponderante, impattando negativamente sull'altra. Sotto questo profilo, tuttavia, non può che rinviarsi a quanto già detto circa il ruolo centrale del *management*: spetterà all'organo amministrativo – di qualunque estrazione esso sia – definire una razionale ripartizione del carico contenzioso, specializzato e non, anche avvalendosi di sistemi di *caseload weighting systems*.

16. Transizione: l'altra metà della *task*

Le conclusioni raggiunte possono apparire inappaganti agli occhi di chi sia in cerca di una posizione netta; ma, dinanzi alla constatazione empirica che molti degli argomenti sinora apportati dai fautori e dagli oppositori della specializzazione risultano – oltre che privi di fondamento scientifico – distorti dall'implicito riferimento, da essi operato, ad un'idea caricaturale delle Corti (generaliste o specializzate che siano)⁸⁰⁸, la moderazione si impone.

D'altro canto, lo scopo del presente lavoro non è mai stato quello di proporre l'istituzione di nuove Corti specializzate, né disegnare alternative più o meno equiparabili alla creazione di uffici *ad hoc*, ma di indagare l'adeguatezza delle competenze del giudice alle esigenze attuali del contenzioso; e, rispetto a tale obiettivo, la ricerca è lungi dall'essere conclusa. Come già accennato, infatti, se le – comunque scarse – indagini relative alla specializzazione si sono finora prevalentemente interessate all'*expertise* giuridica del

⁸⁰⁵ Art. 2, comma 1°, d.l. 27 giugno 2003, n. 168, come modificato dall'art. 2 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni con l. 24 marzo 2012, n. 27

⁸⁰⁶ Discorso simile può farsi quanto alla contemporanea assegnazione dei consiglieri della Corte di cassazione alle Sezioni civili e penali: anzi, se si concorda con quanto affermato *supra* circa la minore opportunità della specializzazione nell'ambito degli organi di vertice, la maggiore comprensività dello sguardo che l'adibizione congiunta garantisce si rivela ancor più apprezzabile.

⁸⁰⁷ CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, cit., 529; BALENA, Giampiero, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, cit., 340; CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, cit., 828.

⁸⁰⁸ STEMPEL, Jeffrey W., *Two Cheers for Specialization*, cit., 89.

giudice, quest'ultima costituisce solo una parte, neppure sempre e necessariamente preponderante, delle competenze la cui mobilitazione è richiesta nell'ambito del *decision-making*.

Infatti, al di là delle perplessità che suscita l'idea di una «*art of judging*» di cui – secondo il CCJE – dovrebbero essere *esperti* tutti i giudici, generalisti o meno che siano, non può discutersi che essi debbano possedere il «*know-how to analyse and appraise*» non solo «*the law*», ma anche «*the facts*»⁸⁰⁹. Infatti, «*whatever is meant by a “fact”, and whatever system of procedure is envisaged, fact-finding is the business of the judge, or of the jury if there is one. [...] It may be – it is – for the parties to allege facts; it may be, to a greater or lesser extent, that a party must prove the facts that he alleges or lose his case because he carries the burden of proof, but this means no more than that he must furnish the judge with the materials [...] on which the judge will base his findings of fact. The parties do not find the facts*»⁸¹⁰.

Il problema è, allora, se e quanto ne sia capace il giudice.

⁸⁰⁹ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, cit., n° 24.

⁸¹⁰ JOLOWICZ, John A., *Fact-finding*, in ID., *On Civil Procedure*, cit., 211-212.

CAPITOLO III - DAL MITO ALLA REALTÀ

SOMMARIO : 17. Il giudice e il fatto tecnico-scientifico: le ragioni dell'insoddisfazione – 17.1. La prospettiva psicologica: il giudice-giurista è solo un uomo – 17.1.1. Giudice vs. giuria: in generale – 17.1.2. Giudice vs. giuria: la *complexity exception* – 17.1.3. Giudice vs. giuria: *scientific evidence et similia* – 17.1.4. Quando l'alternativa non c'è: i sistemi *civilian* e il rapporto giudice-esperto (cenni) – 17.2. La prospettiva psicologica: l'*intellectual due process* – 17.2.1. Qualità, giustizia, verità – 17.2.2. Non conoscenza, ma *justified belief* – 17.2.3. La capacità epistemica del giudice – 17.2.4. Il contraddittorio come panacea? – 17.2.5. Il *justified belief* come *epistemic dependence* – 17.2.6. *Intellectual due process* e idoneità del giudice – 17.3 La prospettiva giuridica: la legittimazione al giudizio di fatto e il rapporto giudice-esperto – 17.3.1 L'an della consulenza – 17.3.2 La scelta del consulente – 17.3.3 La formulazione dei quesiti – 17.3.4 Il procedimento peritale: un'ulteriore mortificazione del contraddittorio? – 17.3.5 La valutazione della consulenza – 17.4 La prospettiva economica: il principale e l'agente – 17.4.1 Il rapporto giudice-esperto come *principal-agent problem* – 17.4.2 L'inapplicabilità delle soluzioni tradizionali al rapporto giudice-esperto – 17.4.3 Giudice vs. (un) esperto: il modello di Oytana – 17.4.4 *Competing experts*: il modello di Coopert e Tomlin e il recupero del contraddittorio – 18. Transizione: la necessità di un giudice esperto

«[N]on vi è arte regia che possa fare un Paganini di chi non è fornito dell'orecchio necessario»⁸¹¹.

17. Il giudice e il fatto tecnico-scientifico: le ragioni dell'insoddisfazione

L'attribuzione del potere di *fact-finding* al giudice non risulta, di per sé, priva di ogni logica; anzi, fintantoché si resti nell'ambito della ricerca e dell'accertamento del fatto comune, essa rappresenta la soluzione (se non ideale, comunque) più razionale. Tuttavia, con riferimento alle controversie che richiedono una particolare competenza extragiuridica, essa risulta inadeguata da almeno quattro punti di vista.

Prima di analizzarli, tuttavia, una precisazione si impone: a venire qui in rilievo non è il giudizio di fatto inteso nella sua tradizionale contrapposizione con quello diritto, come momento autonomo e separato del sillogismo giudiziario⁸¹², ma il «giudizio di esistenza»

⁸¹¹ REGHINI, Arturo, *I numeri sacri nella tradizione pitagorica massonica*, Roma, 2007, 132.

⁸¹² Cfr., *ex multis*, CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 16.

del fatto, per utilizzare l'espressione di Punzi⁸¹³. In effetti, per quanto sia ormai chiaro⁸¹⁴ che lo schema sillogistico, che tanto ben si attaglia(va) all'idea del giudice *bouche de la loi*, non sia (più, se mai lo è stato) idoneo a rappresentare fedelmente il processo mentale del giudice – il vero problema non essendo quello di trarre la conclusione dalle premesse, ma formulare queste ultime⁸¹⁵ –, è certo che, una volta qualificato il fatto ed individuata la fattispecie astratta in cui sussumerlo, il collegamento finale tra i due elementi vi si approssima molto⁸¹⁶. Ciò che interessa in questa sede, tuttavia, è un momento preliminare a quello della qualificazione giuridica, ovvero l'accertamento (*rectius*: la fissazione formale)⁸¹⁷ del fatto storico; e tale momento è, a propria volta, il risultato di un diverso percorso logico, che passa anzitutto per la comprensione epistemica del fatto stesso⁸¹⁸ e che pure può rappresentarsi, *una volta fissate le premesse*, come un sillogismo⁸¹⁹.

17.1: La prospettiva psicologica: il giudice-giurista è solo un uomo

È almeno dal XVII secolo che si perpetua l'idea che il «*legal thinking and reasoning*» sia diverso da quello comune, e per caratteristiche intrinseche (i.e. scollegate dalla conoscenza della materia): in sostanza, «*lawyers and judges are believed, at least by lawyers and judges, to employ techniques of argument, reasoning, and decision making that diverge from those of even expert nonlawyer reasoners and decision makers*»⁸²⁰.

⁸¹³ Cioè quell'«aspetto dell'opera di determinazione del fatto [...] che stabilisce che il fatto esiste»: cfr. PUNZI, Carmine, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 147. La stessa espressione è utilizzata anche da CARNELUTTI, Francesco, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 93, ma – par di capire – in un'accezione differente.

⁸¹⁴ Almeno dall'affermazione della teoria ermeneutica, su cui v. GUASTINI, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da Antonio CICU, Francesco MESSINEO; continuato da Luigi MENGONI, poi da Piero SCHLESINGER), vol. 51, Milano, 2004, 21 ss.; OMAGGIO, Vincenzo - CARLIZZI, Gaetano, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010, 52 ss.

⁸¹⁵ Cfr. PUNZI, Carmine, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 88 ss.; CALOGERO, Guido, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 51; WROBLEWSKI, Jerzy, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 43. Ma v. anche, sul punto, NITSCH, Carlo, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Milano, 2012, 203 ss.

⁸¹⁶ PUNZI, Carmine, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, cit., 95.

⁸¹⁷ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 53.

⁸¹⁸ V., ampiamente, BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, in *Yale L.J.*, 1998, 1634 ss.

⁸¹⁹ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 64.

⁸²⁰ SPELLMAN, Barbara A. - SCHAUER, Frederick, *Legal reasoning*, in HOLYOAK, Keith J. - MORRISON, Robert G. (ed.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, New York, 2012, 719.

Ora, pur a voler ammettere – a differenza dei Realisti – che il percorso logico seguito dalle Corti differisca da quello ordinario in ragione dell’influenza dal *second-order reasoning*⁸²¹ (in virtù del quale esse non si focalizzerebbero tanto sulla decisione *giusta* nel caso concreto, ma su quella *migliore* nella prospettiva dell’applicazione della regola nei casi futuri)⁸²², è evidente che una simile stima rappresenta un passo *ulteriore* rispetto alla comprensione della fattispecie *a quo*. Di conseguenza, conserva la propria utilità la distinzione, che pare emergere dagli studi psicologici, tra ragionamento applicato ai casi semplici ed a quelli complessi: nei primi, esso sarebbe di tipo deduttivo; nei secondi, si verificherebbe un maggior impiego di categorizzazioni⁸²³, e quindi – mancando spesso una perfetta coincidenza tra fattispecie astratta e concreta – del ragionamento analogico⁸²⁴.

Restringendo il campo di analisi a questo secondo tipo di contenzioso – posto che, secondo i criteri visti *retro*⁸²⁵, una elevata presenza di fatti tecnici può essere considerata come una spia della complessità delle controversie, e dunque come un elemento pro-specializzazione –, ci si può quindi interrogare sull’eventualità che l’istruzione ricevuta dal giudice lo renda particolarmente idoneo alla funzione di *fact-finder*.

In realtà, se è vero che tutti sono più o meno capaci di elaborare analogie; che tale capacità è uno dei «*core component[s] of intelligence*»⁸²⁶; che giudici ed avvocati, soprattutto nei Paesi di *common law*, sono addestrati al ragionamento analogico e (nell’*immaginario comune*, ritenuti) più intelligenti della media⁸²⁷, sembrerebbe ragionevole attendersi una loro maggiore capacità nell’individuazione delle somiglianze (e differenze): in altri termini, essi dovrebbero essere *esperti* nell’*analogical reasoning*, e tale peculiare

⁸²¹ SCHAUER, Frederick, *Is There a Psychology of Judging?*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, cit., 107-111.

⁸²² Ciò che comunque le esporrebbe ad alcuni tipi di *comuni* errori cognitivi, quali l’*availability* e l’*affect bias*, che portano il soggetto a valutare scorrettamente il peso statistico del caso in questione, sia in quanto la sua disponibilità lo fa apparire più frequente di quanto non sia nella realtà, sia perché la valutazione avviene in relazione ad «*emotionally charged facts*»: cfr. SHERWIN, Emily, *Features of Judicial Reasoning*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, cit., 124.

⁸²³ Ovvero «*[t]he process[es] by which mental representations (concepts) determine whether some entity is a member of a category*»: cfr. RIPS, Lance J. - SMITH, Edward E. - MEDIN, Douglas L., *Concepts and Categories: Memory, Meaning and Metaphysics*, in HOLYOAK, Keith J. - MORRISON, Robert G. (ed.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, cit., 178.

⁸²⁴ SPELLMAN, Barbara A. - SCHAUER, Frederick, *Legal reasoning*, cit., 722.

⁸²⁵ V. *retro*, § 14.2.1.

⁸²⁶ SCHAUER, Frederick - SPELLMAN Barbara A., *Analogy, Expertise, and Experience*, in *Un. Chi. L.R.*, 2017, 260.

⁸²⁷ *Ibid.*, 261.

capacità dovrebbe esser capace di informare il loro comportamento generale; ecco perché, come già accennato, v'è chi ha sostenuto che essi sarebbero immuni dai vizi logici che invece affettano la *gente comune*. Si è tuttavia visto che, se Catellani ha effettivamente riscontrato una differenza nel modo di *organizzare* le informazioni nel ragionamento dei più o meno esperti (in senso atecnico, rispetto a quello qui ritenuto), l'analisi della psicologia ha portato, anzitutto, su soggetti *tutti* giuristi e, in secondo luogo, non era volta a rilevare l'eventuale presenza di euristiche; di conseguenza, dai risultati lì ottenuti non è possibile ricavare alcuna conferma della tesi qui contrastata. Anzi, le ulteriori ricerche empiriche menzionate hanno dimostrato che i giudici (generalisti o specialisti che siano) non vanno esenti da *biases*.

Volgendo lo sguardo, poi, a studi più generali sul *decision-making*, è stato evidenziato quanto sia raro che soggetti esperti in un determinato campo riescano a trasferire le competenze acquisite in settori diversi da quello di *expertise*⁸²⁸. Particolarmente indicativo appare l'esempio della tendenziale applicabilità del *problem-solving* matematico alle questioni di fisica, che contrasta con l'opposta conclusione quando si tratti di invertire il senso del trasferimento; laddove la spiegazione pare risiedere nel diverso tipo di insegnamento delle due discipline: direttamente incentrato sul procedimento, la prima; focalizzata sull'acquisizione dei contenuti, la seconda⁸²⁹. E, da questo punto di vista, la formazione giuridica è avvicinata all'apprendimento della fisica; ma, allora, «*teaching people to compare multiple analogs, to abstract from single analogs, and to learn the names of structural relations [...] can help law students and lawyers not only to learn the content of the law, but also to see and to understand the structural, and not just the surface, similarities between different events. But all of this is to say that training can improve one's ability to retrieve the relevant source within a particular domain, and to see structural and not just surface similarities within that domain, but not necessarily to use analogical reasoning in general, or in other domains*»⁸³⁰.

Si conferma, insomma, quella distinzione tra *savoir* e *savoir faire* che si è già segnalato mancare spesso nei discorsi sull'*expertise*, così come la caratteristica di quest'ultima di essere *domain-specific*. In effetti, alcuni studi hanno in parte riabilitato la

⁸²⁸ BASSOK, Miriam, *Transfer of domain-specific problem-solving procedures*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1990, 522 ss.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ SCHAUER, Frederick - SPELLMAN Barbara A., *Analogy, Expertise, and Experience*, cit., 262-263.

teoria del *formal training* (secondo la quale sarebbe possibile insegnare, e quindi apprendere, forme di ragionamento spendibili in ogni ambito della vita); tuttavia, se si è verificato che la formazione post-universitaria risulta d'ausilio affinché i *law students* sviluppino le proprie capacità di *conditional reasoning* (del tipo «se A, allora B; A, allora B»), lo stesso non può dirsi con riferimento allo *statistical-methodological reasoning*⁸³¹. E sebbene vi sia motivo di credere che – in generale – tale ultimo tipo di ragionamento sia suscettibile di apprendimento trasversale, se miratamente insegnato⁸³², tale ultima condizione non pare verificarsi nell'ambito della formazione tipica del giurista.

Ciò, peraltro, non significa disconoscere *ogni* differenza tra il *legal-trained* ed il *lay judge*: proprio perché tra due enti possono individuarsi migliaia di analogie, a seconda del parametro di riferimento scelto, il reale discrimine diventa quello della *rilevanza* delle somiglianze (e, quindi, quello della scelta del criterio sulla cui base indagarle); di conseguenza, è ragionevole ritenere che il bagaglio di conoscenze del giurista gli consenta – proprio in quanto, *sotto questo profilo*, più esperto – di vedere ciò che il profano non avrebbe potuto individuare⁸³³. Ecco quindi spiegata, *anche* da un punto di vista psicologico, l'opportunità del *lawyer-judge*, quantomeno con riferimento al *law finding*. Tuttavia, quest'ultima attività, ed il ragionamento analogico che essa implica – oltre a non esaurire il compito del giudice – è ulteriormente scomponibile: poiché l'analogia – pur volta, infine, ad applicare regole giuridiche – è compiuta tra *fatti*, è anzitutto necessario che l'organo decidente sia capace di determinarli (*fact-finding*); ciò che, a propria volta, implica la valutazione del materiale probatorio (*weighting of evidence*). Entrambe attività, queste, che, nella già evidenziata comune visione del giudice-giurista, sono ritenute automaticamente alla portata di quest'ultimo, come rientranti nella sua *expertise*, nonostante quest'ultima – in realtà – riguardi le *norme*, e non i *fatti*.

Si tratta, in sostanza, dell'ennesimo «*conventional wisdom*»⁸³⁴ che spesso intride di sé la stessa disciplina legislativa: esemplare è al riguardo la situazione negli Stati Uniti, dove

⁸³¹ Cfr. LEHMAN, Darrin R. - LEMPERT, Richard O. - NISBETT, Richard E., *The Effects of Graduate Training on Reasoning. Formal Discipline and Thinking About Everyday-Life Events*, in *Am. Psych.*, 1988, 437-438.

⁸³² Cfr. FONG, Geoffrey T. - KRANTZ, David H. - NISBETT, Richard E., *The Effects of Statistical Training on Thinking about Everyday Problems*, in *Cogn. Psych.*, 1986, 253 ss.

⁸³³ SCHAUER, Frederick - SPELLMAN, Barbara A., *Analogy, Expertise, and Experience*, cit., 265.

⁸³⁴ SCHAUER, Frederick, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, in *Un. Penn. L.R.*, 2006, 167; non a caso, lo stesso Autore, che, come visto *retro*, in nota, ha teorizzato la possibilità di una differenza

maggiormente è avvertito il *divide* tra giudice e laico (*sub specie* di giurato). Qui, le *Federal Rules of Evidence* sono costruite proprio sull'assunto che «*jurors will overvalue or otherwise misuse various items of admittedly relevant information*», sicché è necessario escludere «*some relevant evidence because of a distrust of the reasoning capacities of ordinary people*»⁸³⁵; e, coerentemente con tale idea, la progressiva rarefazione del *jury trial* ha fatto sì che i giudici si sentano sempre più spesso autorizzati ad ignorarle⁸³⁶; sicché è quasi naturale che Schauer si domandi se, svanita la giuria, si dissolverebbe anche la *Law of Evidence*⁸³⁷.

Il fatto è che è lo stesso presupposto di partenza – l'essere il giudice, *solo in quanto giurista*, dotato di autorità epistemica maggiore del giurato⁸³⁸ – che può essere smentito, prima in generale, e poi con particolare riguardo all'*expert evidence*.

Anzitutto, il tipo di *training* fornito dalle *Law Schools* – come dalla SSPL e dall'ENM – non mira allo sviluppo della capacità epistemica degli studenti: «*analyzing cases—reading (truncated) text, considering an already-digested fact pattern, evaluating the justifications for a holding, looking for the real justification behind the stated ones, and evaluating a rule or principle in light of possible implications or future applications—is quite different from weighting evidence and finding facts*»⁸³⁹. La conclusione che può farsene discendere –

risiedente nel *second-order reasoning*, non discute che, come *fact-finders*, i giuristi non differiscono dai laici: cfr. SCHAUER, Frederick, *Is There a Psychology of Judging?*, cit., 113-114.

⁸³⁵ SPELLMAN Barbara A. - SCHAUER, Frederick, *Legal reasoning*, cit., 729. Si tratta della teoria più comunemente accettata (ad esempio, in Italia, da TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009, 23), ma non l'unica: per la derivazione delle *rules of exclusion* dal diritto romano v. GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961, 110, testo e nota 54; CAVALLONE, Bruno, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 117, nota 34; ID., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 957.

⁸³⁶ WISTRICH, Andrew J. - GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J., *Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding*, in *Un. Penn. L.R.*, 2005, 1256.

⁸³⁷ SCHAUER, Frederick, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, cit., 165 ss.; ma la conclusione, anche per le considerazioni che seguiranno nel testo, è negativa.

⁸³⁸ Perfettamente in linea con quanto notato supra, Schauer, Frederick, *On the Supposed Jury-Dependence*, cit., 188, sottolinea che – pur senza alcun supporto empirico – «*we assume that judges are less prone than juries to the cognitive and decision-making failures we worry about in jurors, possibly because judges are smarter, possibly because they are better educated, possibly because of their greater experience in hearing testimony and finding facts, and almost certainly because of their legal training and legal role-internalization*», salvo sommessamente continuare l'elenco, in nota 92, aggiungendo «*[a]nd possibly because they are like us*». Seppure meno apertamente, anche TONINI, Paolo, *Le fallacie del giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1129-1130, sembra suggerire una diversità intrinseca tra «modo "comune"» ed «esperto» di ragionare.

⁸³⁹ SPELLMAN, Barbara A., *On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence*, in *Un. Penn. L.R.*, 2007, 7.

ovvero che «*judges are not expert fact finders, nor expert at appropriately weighing evidence*»⁸⁴⁰ – va, d’altro canto, valutata non di per sé, ma in relazione alle possibili alternative. E, benché i modelli ipotizzabili di composizione di un Tribunale raggiungano l’ordine delle migliaia⁸⁴¹, il discorso è usualmente ricondotto, quando si tratti dell’attività di *fact-finding*, all’alternativa bloccata «*judge-only versus judge-and-jury-trials*»⁸⁴²; ma, anche a voler, per ora⁸⁴³, accontentarsi di questa prospettiva limitata, è possibile contestare che l’opzione sia così scontata come appare ai più.

17.1.1 Giudice vs. giuria: in generale

La giuria, come noto, è, per gli Stati Uniti, un prodotto di importazione: trascendendo dalle forme di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia risalenti all’epoca classica, le prime apparizioni dell’istituto in Inghilterra si registrano sin dalla conquista normanna⁸⁴⁴. Nei secoli immediatamente successivi, peraltro, essa – limitata comunque ai processi innanzi alle Corti di *common law* (essendo, viceversa, esclusa nei giudizi di *equity* celebrati davanti la *Chancery Court*) – non pare essere stata intesa (come, viceversa, è oggi) quale garanzia del giudizio tra pari, o, come pure si è sostenuto, come «*the voice of the*

⁸⁴⁰ SCHAUER, Frederick - SPELLMAN Barbara A., *Analogy, Expertise, and Experience*, cit., 262

⁸⁴¹ DWYER, Deirdre, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, cit., 34-35, rileva come, considerando solo sei variabili – «*whether the court should be unicameral, deciding questions of law and fact, or bicameral, consisting of separate tribunals of law and fact. [...] how many people should be in each tribunal. [...] whether those people should be lawyers or non-lawyers. [...] whether the people on the tribunal regularly sit on the tribunal. [...] whether those people should be specialists in the factual subject matter in the case or not. [...] whether either tribunal should give reasons for its decision*» – anche se «*we simplify the second variable down to a binary choice of ‘one’ or ‘many’, assume that there is no need to distinguish between different types of lawyer-judge, and assume that one cannot have mixed tribunals, such as lawyers and specialists sitting together to decide facts, then there are at least 32 possible forms of unicameral court, and 1,024 possible forms of bicameral court*».

⁸⁴² *Ibid.*, 34

⁸⁴³ V. *infra*, Capitolo IV.

⁸⁴⁴ LLOYD-BOSTOCK, Sally - THOMAS, Cheryl, *The Continuing Decline of the English Jury*, in VIDMAR, Neil, *World Jury Systems*, Oxford 2000, 54. Sulle origini della giuria v. anche TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, cit., 19 ss. e 183 ss.; AVANZINI, Alfredo, *Il reclutamento dei giurati nei Paesi di Common law*, in AMODIO, Ennio (a cura di), *I giudici senza toga*, Milano, 1979, 231 ss.

Peraltro, poiché tracce di *neighborhood juries* si rinvencono sin dal 997, possono sollevarsi dubbi rispetto alla tradizionale ricostruzione, che vorrebbe che si sia trattato di importazione pura e semplice a seguito degli eventi del 1066: cfr. DAWSON, John P., *A History of Lay Judges*, cit., 119-120, testo e note 10 e 11.

countryside»⁸⁴⁵, bensì quale strumento utilizzato dal potere centrale per sopperire alla scarsità di «*enough experienced men*» cui delegare il compito di *fact-finding*⁸⁴⁶.

Significato completamente diverso ha assunto, invece, il «*dearest birth right of the people of England*»⁸⁴⁷ nel Nuovo Continente, ove la giuria comincia a diffondersi agli inizi del XVII secolo ed il diritto al *jury process* viene consacrato da diverse costituzioni statali ben prima della rivoluzione⁸⁴⁸. Tuttavia, benché, nel 1774, il primo *Continental Congress* dichiarasse che ogni colono dovesse godere del «*great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage*», il riferimento alla giuria operato nel testo della Costituzione federale – redatto tra il 1787 e il 1789 – all'articolo III era (ed è) al solo processo penale; ciò che, del resto, appare comprensibile, laddove si ragioni sulla diversa funzione della giuria (se non nelle affermazioni, quantomeno) nell'ottica del tempo. Infatti, mentre l'affidamento del giudizio sulla commissione del fatto criminoso ad un tribunale di pari doveva garantire il singolo dall'eventuale movente persecutorio della parte pubblica, la funzione della giuria civile era (stata) eminentemente politica, avendo contribuito, con il proprio potere di *nullification*⁸⁴⁹ delle leggi britanniche, alla lotta contro l'ormai odiata madrepatria. Così, una volta affermata l'indipendenza ed in vista della creazione di un governo federale, il mantenimento di tale garanzia doveva apparire addirittura *sconsigliabile*; non è un caso, del resto, che il dibattito sul punto abbia visto schierati su fronti contrapposti federalisti ed anti-federalisti (e, tra gli altri, Thomas Jefferson e Alexander Hamilton, rispettivamente a favore e contro l'inserimento della garanzia del *civil jury trial*)⁸⁵⁰. Lo scontro, culminato con la vittoria dei secondi, si è tradotto nell'inserimento, nel *Bill of Rights*⁸⁵¹, di un VII Emendamento, in base al quale «*[i]n suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved*» (c.d. *Preservation Clause*) «*and no fact tried by a jury, shall be otherwise*

⁸⁴⁵ POLLOCK, Frederick - MAITLAND, Frederic W., *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. II, 1895, 626.

⁸⁴⁶ DAWSON, John P., *A History of Lay Judges*, cit., 128.

⁸⁴⁷ Dal titolo dell'opera collettanea diretta da CAIRNS, John W. - MCLEOD, Grant (ed.), *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in The History of The Common Law*, Oxford 2002.

⁸⁴⁸ LANDSMAN, Stephan J. D., *The Civil Jury in America*, in *Law and Contemporary Problems*, 1999, 285.

⁸⁴⁹ Per una ricostruzione storica del quale si rinvia WEINSTEIN, Jack B., *Considering Jury Nullification: When May and Should a Jury Reject the Law to Do Justice*, in *Am. Crim. L.R.*, 1993, 30, 239 ss.

⁸⁵⁰ SINGLETON, John V. Jr., *Jury Trial: History and Preservation*, in *Intl. Soc'y Barristers Q.* 1987, 298 ss.

⁸⁵¹ Più in generale, sul dibattito che ha portato alla ratifica degli Emendamenti, v. CHERMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law*^{5th}, New York, 2015, 537 ss.

reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law» (c.d. *Re-examination Clause*).

Eppure, ad oggi, e nonostante sia garantita costituzionalmente, la giuria è indiscutibilmente in crisi: se, nel 1962, il *jury trial* era celebrato nell'8,2% dei processi penali e nel 5,5% di quelli civili, al 2013 le percentuali si erano ridotte, rispettivamente, al 3,6% e allo 0,8%⁸⁵². Tali dati, peraltro, non vanno necessariamente letti come una conferma empirica delle critiche rivolte all'affidamento del ruolo di *fact-finders* a «*12 persons brought in from the street, selected in various ways, for their lack of general ability*»⁸⁵³: come è stato giustamente rilevato, il declino della giuria civile è stato «*a casualty, but more in the nature of collateral damage than as target*»⁸⁵⁴, conseguente alla trasformazione della fase di *pre-trial* in un vero e proprio «*nontrial*»⁸⁵⁵; mentre, per quanto riguarda il processo penale, l'imputato è molto spesso “costretto” a rinunciare al *trial by jury* dalla minaccia di una «*materially harsher sentence if convicted*»⁸⁵⁶, qualora non acceda al *plea bargain*.

Sia come sia, è facile (e comune) il rilievo dell'esistenza di decine di studi che dimostrerebbero l'inadeguatezza della giuria rispetto allo scopo; ma ad esso può altrettanto agevolmente replicarsi che, approfondendo un po' l'indagine nella letteratura – senza fermarsi a quello che, *a posteriori*, si rivela essere un ulteriore caso di *citation bias*⁸⁵⁷ – si scopre che esistono almeno altrettanti studi che parrebbero testimoniare il contrario, così

⁸⁵² I dati, relativi alle Corti federali, sono riportati da THOMAS, Suja A. *The missing American jury : restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*, New York 2016, 2; per le Corti statali, le percentuali risultano ancora inferiori.

⁸⁵³ GRISWOLD, Erwin N. *Harvard Law School, Dean's Report 1962-1963*, 5-6.

⁸⁵⁴ LANGBEIN, John H., *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, In *Yale L.J.*, 2012, 572.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, 522 ss., laddove «*the civil jury has always been a trial-phase institution*» (*ibid.*, 572). Più in generale, la progressiva privatizzazione della giustizia Americana, favorita – da un lato – dalla giurisprudenza largheggiante in materia di arbitrato, che portato alla «*gradual disappearance of entire categories of cases from civil justice dockets*», e – dall'altro – dall'utilizzo massiccio di meccanismi di «*“diversion” of cases from the path to public judgment*», spiegano perché non solo «*[c]ivil cases actually decided by jury verdict currently constitute less than 1 percent of the cases filed*», ma anche che «*[t]he statistic for decision by judges is similar*»: cfr. MURRAY, Peter L. *The Privatization of Civil Justice*, in *Judicature*, 2008, 273.

⁸⁵⁶ LANGBEIN, John H., *The Disappearance of Civil Trial*, cit., 563. L'autore cita, ad esempio, un caso – riportato sul *New York Times*: cfr. OPPEL, Richard A. Jr. *Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors*, in *N.Y. Times*, Sept. 25, 2011 – in cui il *defendant* ha accettato di dichiararsi colpevole e di subire una pena detentiva di 2 anni, a fronte dell'alternativa, prospettata dall'accusa, di richiedere una condanna a 50 anni.

⁸⁵⁷ *V. retro*, § 13.

come altri che si rivelano assolutamente inconcludenti, in un senso come nell'altro⁸⁵⁸. E se già questo rilievo è capace di sollevare dubbi quanto all'*idée reçue*, va al solito sottolineato che – esattamente come si è visto accadere per l'alternativa giudice generalista/specialista – quasi tutte le ricerche sono state condotte avendo quale *oggetto esclusivo* la giuria; manca, invece, un *assessment* comparato, che faccia emergere se e quanto il giudice sia davvero un miglior *fact-finder*. Così, se si parte dal presupposto che «[w]hatever research may show, the essential point is that it must be comparative. Both jury and judge must be subject to scrutiny»⁸⁵⁹, un solo esempio potrà bastare: se vi sono innumerevoli studi sulla (in)capacità della giuria di ignorare una *inadmissible evidence* – quando ne sia comunque venuta a conoscenza, nonostante il ruolo istituzionale di *gatekeeper* del giudice – gli unici due studi⁸⁶⁰ rinvenuti, che abbiano testato sul punto i *lawyer judges*, dimostrano che questi ultimi non fanno eccezione alla regola per cui, mentre è normale dimenticare informazioni, è difficile farlo intenzionalmente: che sia per la convinzione che l'informazione, se usata, conduca ad un risultato più giusto (*motivation*) o per spirito da bastian contrario (*psychological reactance*), per incapacità pura e semplice di ignorare ciò che si sa (*ironic process theory*) o per la circostanza che la semplice esposizione alla conoscenza di un dato può inconsciamente impattare sul ragionamento (*mental contamination*), il *deliberate forgetting* mette a dura prova le capacità mentali di chiunque. Motivo per cui non si può concordare – quantomeno con riferimento al profilo che qui interessa – con alcune severe opinioni espresse sul valore anti-epistemico della giuria, reiterate anche a seguito del rilievo⁸⁶¹ che, se è vero che «il giudice dà alla giuria le *instructions* in ordine alle prove che i giurati non dovrebbero prendere in considerazione», «è anche vero che nessuno sa se essi seguono davvero le *instructions* e quali sono i fattori che determinano la loro decisione»⁸⁶².

⁸⁵⁸ V. l'amplissima *review* di DEVINE, Dennis J. - CLAYTON, Laura D. - DUNFORD, Benjamin B. - SEYING, Rasmy - PRYCE, Jennifer, *Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups*, in *Psych., Pub. Pol., Law*, 2001, 622 ss.

⁸⁵⁹ LEMPERT, Richard O., *Civil Juries and Complex Cases: Let's Not Rush to Judgement*, in *Mich. L.R.*, 1981, 95.

⁸⁶⁰ LANDSMAN, Stephan J. D. - RAKOS, Richard F., *A Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 1994, 113 ss., e WISTRICH, Andrew J. - GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J., *Can Judges Ignore Inadmissible Information*, cit., 1251 ss. (si noti, incidentalmente, che quelli studiati da questi ultimi autori erano tutti generalisti e con un'anzianità di servizio tra i 7 e i 14 anni circa).

⁸⁶¹ Avanzato da CAVALLONE, Bruno, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.

⁸⁶² TARUFFO, Michele, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 999. Quanto alla non motivazione del verdetto, poi, se è certo che essa rende impossibile

17.1.2 Giudice vs. giuria: la complexity exception

Il terreno in cui i detrattori della giuria hanno maggiormente potuto esercitarsi, però, è quello della *complex litigation*, quando resa tale dal numero e/o dalla difficoltà delle questioni tecnico-scientifiche coinvolte nel giudizio di fatto⁸⁶³. Non a caso, nel Regno Unito, sin dagli anni '50 è stato attribuito alle Corti un potere pressoché generale di rifiutare le richieste di *jury trial* in materia civile: anche in relazione alle cause dove la garanzia è stata mantenuta⁸⁶⁴, infatti, è previsto che dalla giuria si possa prescindere quando «*the court is of opinion that the trial requires any prolonged examination of documents or accounts or any scientific or local investigation which cannot conveniently be made with a jury*».

La soluzione non sembrerebbe così semplice negli Stati Uniti, dove la lettera del VII emendamento non parrebbe ammettere eccezioni, risultando, dunque, ostativa alla configurabilità di una *complexity exception*. In realtà, però, nell'interpretazione della Corte Suprema, la disposizione ha assunto una posizione cadetta rispetto a quella del VI emendamento, che – tra l'altro – ribadisce il diritto alla giuria penale: a differenza di quest'ultimo, infatti, il VII emendamento è considerato applicabile solo innanzi alle Corti federali⁸⁶⁵ (ferma restando la possibilità, per i singoli Stati, di prevedere la garanzia della *civil jury* nella propria Costituzione). Inoltre, in base al c.d. *historical test*⁸⁶⁶, il riferimento

accertare il percorso logico seguito dai giurati, è altrettanto ovvio che non può *per ciò solo* concludersi che la determinazione finale si discosti dalla verità: se «l'enunciato "la neve è bianca" è vero se e solo se la neve è bianca» (*ibid.*, 1002), esso resta tale anche se non si spiega il *perché* dell'affermazione.

⁸⁶³ Specificazione, quest'ultima, che si impone, posta l'assenza, persino negli Stati Uniti, "patria" della *complex litigation*, tanto di «una definizione convenzionale e accettata» quanto di un «consenso diffuso riguardo a ciò che dovrebbe rientrare in tale categoria»: cfr. BURBANK, Stephen B., *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense*, cit., 43. Sulla nozione, v., più in generale, i contributi contenuti nel volume collettaneo citato e, in particolare, l'analisi di CADIET, Loïc, *Complessità e riforme del processo civile francese*, cit., 103 ss.

È quasi superfluo notare che, così come definita, la *complex litigation* non si identifica necessariamente con tutti e soli i processi in cui vengano in rilievo *fatti* complessi, su cui v. TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., vol. 3.2.1, Milano, 1992, 121 ss.

⁸⁶⁴ Ovvero, in base alla s. 69, *Supreme Court Act* 1968 – oggi rinominato *Senior Courts Act (c.54)*, onde evitare ogni rischio di confusione con la regolamentazione della nuova *Supreme Court*, istituita dal *Constitutional Reform Act* 2005 – «*a charge of fraud against that party; or [...] a claim in respect of libel, slander, malicious prosecution or false imprisonment; or [...] any question or issue of a kind prescribed for the purposes*» della medesima *section*.

⁸⁶⁵ *Minneapolis & St. Louis R. Co. v. Bombolis*, 241 U.S. 211 (1916).

⁸⁶⁶ LUNEBURG, William V. - NORDENBERG, Mark A., *Specially Qualified Juries and Expert Nonjury Tribunals: Alternatives for Coping with the Complexities of Modern Civil Litigation*, in *Virginia L.R.*, 1981, 901.

alla «*common law*», contenuto nella *Preservation Clause*, è stato inteso come un richiamo al diritto comune inglese⁸⁶⁷ come esistente al 1791, ovvero «*at the time the Amendment was ratified*»⁸⁶⁸, con la precisazione che «*the Framers of the Seventh Amendment were concerned with preserving the right of trial by jury in civil cases where it existed at common law, rather than the various incidents of trial by jury*»⁸⁶⁹. Ne discende, quindi, la limitazione della garanzia costituzionale alle cause all'epoca non di competenza della *Chancery Court* (o, comunque, non ad esse riconducibili); il che, spesso, impone al giudice ardue valutazioni retrospettive. A ciò si aggiungano i vari strumenti – che spesso tradiscono lo stesso asserito rispetto per la tradizione – che la giurisprudenza ha surrettiziamente introdotto nel sistema, finendo per minare il diritto alla giuria: si pensi al *remittitur* (mediante il quale il giudice riduce l'importo allocato dai giurati alla parte vittoriosa) e al *summary judgement* (che consente di saltare a piè pari la giuria), che non trovano precedenti nell'antica *common law*⁸⁷⁰.

È tenendo a mente questo quadro di partenza che è necessario valutare gli argomenti avanzati al fine di dimostrare l'esistenza di una *complexity exception*.

In questo senso, è frequente il richiamo a *Ross v. Bernhard*⁸⁷¹, ove la Corte – in una *footnote* – ha affermato che, nel valutare la natura (in *equity* o meno) dell'azione, è necessario tener presente: «*first, the pre-merger custom with reference to such questions; second, the remedy sought; and third, the practical abilities and limitations of juries*».

Così, ricollegandosi al terzo dei criteri indicati, in *In re Boise Cascade Securities Litigation*⁸⁷², la Corte ha rifiutato la nomina di una giuria, che, in un caso complesso quale quello in oggetto, non avrebbe avuto la capacità di assumere il ruolo di «*impartial and capable factfinder*». Stesso risultato, ma all'esito di un ragionamento in parte diverso, è stato raggiunto in *Bernstein v. Universal Pictures, Inc.*, in cui la Corte ha ritenuto che «*where the "remedy sought" necessarily involves determination of complexities that "only a court of equity can satisfactorily unravel," the "practical abilities and limitations of juries" are also*

⁸⁶⁷ *Parsons v. Bedford, Breedlove & Robeson*, 28 U.S. 433 (1830).

⁸⁶⁸ *Dimick v. Schiedt*, 293 U.S. 474 (1935).

⁸⁶⁹ *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 152-157 (1973), che ha di conseguenza ammesso la possibilità di una giuria composta da soli 6 membri, posto che «*it cannot be said that 12 members is a substantive aspect of the right of trial by jury*».

⁸⁷⁰ THOMAS, Suja A. *The missing American jury*, cit., vii.

⁸⁷¹ *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531 (1970).

⁸⁷² *In re Boise Cascade Securities Litigation*, 420 F. Supp. 99 (W.D. Wash. 1976).

necessarily involved and must be considered in evaluating the right to a jury trial»⁸⁷³ (che è stato, nella specie, escluso).

Entrambe le letture lasciano insoddisfatti: con riferimento al *Boise Cascade case*, infatti, appare inadeguato il richiamo al *Ross test* – più limitatamente diretto, come si è detto, a delineare i criteri discretivi tra azioni in *equity* e di *common law* – al fine di ricavare un’eccezione al VII Emendamento; senza contare che «*it would seem unlikely that the Ross Court pronounced a constitutional exception to the seventh amendment in a footnote, without the benefit of discussion, direction or explanation*»⁸⁷⁴. Maggiore fondamento storico appare possedere la ricostruzione operata nel caso *Bernstein*, essendosi già evidenziata l’esclusione della giuria nei casi di competenza della *Chancery Court*; eppure, se l’*historical test* deve costituire il criterio interpretativo del VII emendamento, è possibile opporre a tale rilievo l’esistenza, fin dai primordi della *common law*, di un istituto in grado di conciliare la garanzia della giuria con l’esigenza di una particolare competenza dell’organo giudicante nella trattazione di casi complessi: la *special jury*.

Tale ultimo istituto sarà esaminato più avanti⁸⁷⁵; ciò che, infatti, preme in questo momento evidenziare, è, da un lato, l’esistenza di un dibattito – chiaramente orientato verso l’affermativa – intorno alla necessità di derogare al dettato costituzionale in caso di eccessiva complessità della controversia; dall’altro, la circostanza che ogni discussione sul punto non può essere limitata alla sola giuria. Tali elementi, infatti, costituiranno la chiave per la comprensione della nozione di *intellectual due process*⁸⁷⁶.

17.1.3 Giudice vs. giuria: scientific evidence et similia

Negli ormai residuali casi in cui – non essendo la controversia transatta in fase di *pre-trial*, non avendo le parti rinunciato al proprio diritto al jury trial e/o non essendo stato quest’ultimo escluso in virtù di una *complexity exception* – la giuria sia effettivamente coinvolta in un processo in cui vengano in rilievo conoscenze tecnico-scientifiche, il

⁸⁷³ Sui due casi citati, vedi, *ex multis*, AUSTIN, Arthur D., *Complex Litigation Confronts the Jury System: A Case Study*, Frederick, 1984, 4-5.

⁸⁷⁴ FLEHNER, Maralynne, *Jury Trials in Complex Litigation*, in *St. John's L.R.*, 2012, 769.

⁸⁷⁵ V. *infra*, Capitolo IV.

⁸⁷⁶ Su cui v. *infra*, § 17.2.

tradizionale paternalismo nei confronti dei laici⁸⁷⁷ ha indotto la giurisprudenza prima, il legislatore poi, a fare del giudice un *gatekeeper* anche con riferimento al *livello qualitativo* della prova esperta nel processo.

L'evoluzione, sul punto, è ormai tanto nota da permettere qui una brevissima sintesi: il giudizio di ammissibilità della prova scientifica, dal 1923 parametrato unicamente sulla *general acceptance* della stessa da parte della comunità scientifica in base al c.d. *Frye test*⁸⁷⁸, è stata rivoluzionata dalla giurisprudenza *Daubert*⁸⁷⁹ che, intervenendo nel 1993, ha non solo risposto affermativamente all'interrogativo se le *medio tempore* approvate *Federal Rules of Evidence* (FRE) e, in particolare, la *rule 702*, non avessero comportato il superamento del *Frye test*, ma anche delineato quattro parametri (non strettamente cogenti) alla luce dei quali è possibile valutare la bontà dell'*expert evidence*: la *testability*; la *peer review and publication*; l'*error rate*; la *general acceptance*. Con le successive *Joiner* e *Kumho*⁸⁸⁰, poi, la Corte ha precisato la propria giurisprudenza, con il risultato finale di estendere il ruolo di *gatekeeper* a tutte le discipline tecniche – anche non scientifiche – e non solo alla verifica del metodo, ma anche delle conclusioni dell'esperto.

È difficile affermare con certezza quale sia stato l'intento prevalente della Corte, tra la facilitazione all'accesso della prova scientifica nel processo – come sembrerebbe suggerire l'ampliamento dei criteri di valutazione – o, al contrario, un suo più rigoroso *screening* iniziale. Quel che è certo è che si è rivelata troppo ottimistica la visione di Dondi, che aveva inizialmente rinvenuto in *Daubert* l'adozione di una prospettiva che «impone[va] al giudice di tenere costantemente conto nella qualificazione del carattere di scientificità dell'*expert evidence* dello stato di naturale incertezza della conoscenza scientifica, della sua

⁸⁷⁷ V., in proposito, DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 273-274 e l'ampia bibliografia ivi citata.

⁸⁷⁸ Introdotta dal precedente *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

⁸⁷⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), in *Foro it.*, 1994, IV, 184, con nota di PONZANELLI, Giulio, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*. V. anche, tra gli altri, TARUFFO, Michele, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss.; DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony»*, cit., 261 ss. (ove anche la traduzione integrale della sentenza: *ibid.*, 277 ss.); ID., *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1133 ss.; PIRONI, Valeria, *Prove scientifiche e processo civile: alcune riflessioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1257-1258; LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, 2005, 373 ss., nn° 470 ss.; FERRAND, Frédérique, v. *Preuve*, in *Rep. proc. civ.*, 2013 (actu. : Mars 2019), nn° 484 e 562; ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice*, in *AJDA*, 2014, 1377 ss.

⁸⁸⁰ *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) e *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999), su cui v. DONDI, Angelo, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte"*, cit., 1149 ss.

intrinseca dinamicità e costante possibilità di revisione. Una circostanza che, escludendo l'esistenza di una “*absolute finality*” o stadio definitivamente conclusivo della ricerca, virtualmente legittima comunque l'attenzione e l'accoglimento di teorie minoritarie ed emergenti anche in presenza della schiacciante prevalenza di un certo indirizzo teorico in specifici ambiti della ricerca scientifica»⁸⁸¹: lo stesso Autore, ha, infatti, dovuto constatare l'«atteggiamento genericamente restrittivo [...] da parte della successiva giurisprudenza» rispetto all'accoglimento di teorie non ancora coperte dalla *general acceptance*, verosimilmente anche a causa dell'«imposizione al giudice di un'attività di setaccio-selezione molto impegnativa ma priva di strumenti operativi adeguati, in quanto al più meramente definitori»⁸⁸².

In realtà, la *general acceptance*, pur nel suo delegare alla comunità scientifica un compito (ritenuto) proprio del giudice, appare il criterio più semplice su cui un inesperto possa basarsi: infatti, al di là del merito dei criteri consacrati in *Daubert* – che sarà affrontato in seguito⁸⁸³ –, è già da un punto di vista cognitivo che essi si appalesano eccessivamente *demanding*, in quanto fondati su una serie di «*commonsense psychological assumptions*»⁸⁸⁴, a cominciare dall'idea che il giudice – a differenza dei giurati – sia capace di valutare il grado di affidabilità e di validità scientifica e che, quand'anche della *junk science* dovesse sfuggire al controllo del magistrato, le istruzioni da questi indirizzate alla giuria, unitamente alle caratteristiche stesse del sistema accusatorio (confronto tra esperti e *cross-examination*), consentirebbero ugualmente ai *laymen* di restituire il giusto peso alla *scientific evidence*. Essendosi già altri incaricati di smentire puntualmente tali idee preconette⁸⁸⁵, basterà qui ricordare i risultati di un sondaggio nazionale⁸⁸⁶, condotto a qualche anno di distanza dalla pronuncia: un tempo che avrebbe potuto presumersi sufficiente perché i magistrati interiorizzassero i criteri del *Daubert test* ed il sistema si industriasse per fornir loro una formazione mirata. Invece, benché il 91% degli intervistati abbia stimato appropriato che il

⁸⁸¹ DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony»*, cit., 268.

⁸⁸² DONDI, Angelo, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte"*, cit., 1147.

⁸⁸³ V. *infra*, §§ 17.2 ss.

⁸⁸⁴ KOVERA, Margaret - RUSSANO, Melissa B. - MCAULIFF, Bradley D., *Assessment of The Commonsense Psychology Underlying Daubert. Legal Decision Makers' Abilities to Evaluate Expert Evidence in Hostile Work Environment Cases*, in *Psych., Pub. Pol., Law*, 2002, 180.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, 180 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

⁸⁸⁶ GATOWSKI, Sophia I. - DOBBIN, Shirley A. - RICHARDSON, James T. - GINSBURG, Gerald P. - MERLINO, Mara L. - DAHIR, Veronica, *Asking the Gatekeepers: A National Survey of Judges on Judging Expert Evidence in a Post-Daubert World*, in *Law & Hum. Beh.*, 2001, 433 ss.

giudice ricopra il ruolo di *gatekeeper*⁸⁸⁷ e l'88% giudicato il criterio della *falsifiability* come «*useful guideline*»⁸⁸⁸, solo il 6% ha dimostrato una comprensione effettiva del concetto⁸⁸⁹; e se 91 rispondenti su 100 hanno valutato positivamente il parametro dell'*error rate*⁸⁹⁰, solo il 4% ha mostrato di aver capito in cosa esso consista⁸⁹¹.

Ma che la situazione non fosse rosea era già stato testimoniato dagli esiti della ricerca – di poco precedente – di Kovera e McAuliff: gli Autori hanno sottoposto uno studio – *peer-reviewed*, accettato dalla comunità scientifica e già utilmente utilizzato in alcune Corti statali – ad un campione di giudici⁸⁹², di cui alcuni destinatari del testo reale, altri di una versione manipolata *in peius*, onde inserirvi degli elementi atti a minarne il valore scientifico. I risultati sono a dir poco scoraggianti: non solo il tasso di ammissibilità si è rivelato estremamente basso in tutti i casi – tanto da far dire agli autori che «[a]lthough many scholars have expressed concern about the admission of flawed science into evidence [...], our research suggests that high quality psychological science may be frequently excluded from evidence»⁸⁹³ – ma le percentuali hanno riportato minime variazioni tra giudici che hanno valutato lo studio corretto e quelli alle prese con il testo rivisitato⁸⁹⁴; inoltre, se solo il 16% degli intervistati ha giustificato il giudizio negativo sulla base di una ritenuta mancanza di *validity*, la circostanza che «[i]n their open-ended comments, many judges remarked about their distrust of experts and of psychological testimony»⁸⁹⁵ solleva il dubbio che sia l'attitudine personale, piuttosto che il vaglio critico, a motivare le decisioni in punto di ammissibilità⁸⁹⁶. E dire che gli stessi giudici hanno poi stimato piuttosto severamente le

⁸⁸⁷ *Ibid.*, 443.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, 444

⁸⁸⁹ *Ibid.* Esempi concreti di *misunderstanding* possono leggersi in HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science: A Deconstruction – and a Reconstruction*, in ID., *Evidence Matters. Science, Proof, and truth in the Law*, New York, 2014, 140 ss.

⁸⁹⁰ GATOWSKI, Sophia I. - DOBBIN, Shirley A. - RICHARDSON, James T. - GINSBURG, Gerald P. - MERLINO, Mara L. - DAHIR, Veronica, *Asking the Gatekeepers*, cit., 445.

⁸⁹¹ *Ibid.*, 447. Diversamente, il criterio della *peer review and publication* e quello della *general acceptance* sono risultati, oltre che apprezzati (rispettivamente, dal 92 e dal 93% degli intervistati), anche maggiormente interiorizzati (con definizioni adeguate riportate dal 71 e dall'83%): cfr. *ibid.*, 447-448.

⁸⁹² KOVERA, Margaret B. - MCAULIFF, Bradley D., *The Effects of Peer Review and Evidence Quality on Judge Evaluations of Psychological Science: Are Judges Effective Gatekeepers?*, in *J. App. Psych.*, 2000, 574.

⁸⁹³ *Ibid.*, 582.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, 579 ss.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, 582.

⁸⁹⁶ È la c.d. *biased assimilation*, su cui v. LORD, Charles G. - ROSS, Lee - LEPPER, Mark R., *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*,

capacità degli altri protagonisti del processo (non solo giurati, ma anche avvocati)⁸⁹⁷ di valutare l'*expert evidence*...⁸⁹⁸

Né va meglio in altri settori: ad esempio, se si è già segnalato che la formazione del giurista non si è rivelata idonea a migliorarne le capacità statistiche⁸⁹⁹, studi empirici dimostrano che i *lawyer-judges*, esattamente come i laici, sottostimano la *naked statistical evidence* (ovvero le statistiche non direttamente correlate al caso di specie): in sostanza, ciò che dovrebbe essere statisticamente valutato come equivalente, riceve invece un *assessment* diverso a seconda delle modalità in cui i dati vengono presentati⁹⁰⁰.

Dinanzi a questi dati, può comprendersi perché gli studiosi statunitensi, sin da Langbein, auspichino un maggior uso, da parte delle Corti, di quello che, già ritenuto un *inherent power*⁹⁰¹, è stato poi consacrato dalla *rule 706 FRE*: il ricorso al *court-appointed expert*, che tanto bene sembrerebbe funzionare in Germania⁹⁰².

17.1.4 Quando l'alternativa non c'è: i sistemi civilian e il rapporto giudice-esperto (cenni)

Il fascino della comparazione, tuttavia, talvolta inganna: l'insoddisfazione per le soluzioni approntate dal proprio sistema porta spesso, da un lato, a romanzare l'esperienza esotica⁹⁰³; da un altro, a dimenticare quanto peso esercitino la cultura e la tradizione nel

in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1979, 2098 ss. Il fenomeno è simile a quello che si verifica nei litiganti, spesso affetti da *selective perception*: cfr. ROJAS ELGUETA, Giacomo, *Razionalità limitata*, cit., § 2.3.

⁸⁹⁷ Ma, come era da attendersi, i *meno capaci* sarebbero, secondo gli intervistati, i giurati (cfr. KOVERA, Margaret B. - MCAULIFF, Bradley D., *The Effects of Peer Review and Evidence Quality on Judge Evaluations of Psychological Science*, cit., 583-584). *Overconfidence bias?*

⁸⁹⁸ *Ibid.*, 581.

⁸⁹⁹ *V. retro*, § 17.1.

⁹⁰⁰ WELLS, Gary L., *Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough?*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1992, 739 ss.

⁹⁰¹ Cfr. SMITH, Ellison D. IV, *The Power of a Trial Judge to Call a Witness – A Tool to Mend Defects*, in *S. Car. L.R.*, 1969, 224 ss.; SINK, John M., *The Unused Power of a Federal Judge to Call his Own Expert Witness*, ivi, 1956, 195 ss.; KAPLAN, Benjamin, *An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure*, in *Mich. L.R.*, 1971, 835.

⁹⁰² LANGBEIN, John H., *The German Advantage in Civil Procedure*, cit., 840.

⁹⁰³ *V. la dura critica di ALLEN, Ronald J. - KOCK, Stefan - RIECHENBERG, Kurt - ROSEN, D. Toby, The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for Fewer Generalities and Greater Detail in Comparative Law Scholarship*, in *North. Un. L.R.*, 1987-1988, 705 ss. all'articolo di Langbein citato nella nota precedente. La diatriba non si è esaurita in un unico scambio: *v. LANGBEIN, John H., Trashing the German Advantage*, ivi, 763 ss. e ALLEN, Ronald J., *Idealization and Caricature in Comparative Scholarship*, ivi, 1987-1988, 785 ss.

modellare gli istituti giuridici⁹⁰⁴ e, quindi, quanto siano difficili i *legal transplants*⁹⁰⁵; da un altro ancora, a sottovalutare l'effetto di possibile nullificazione di ogni riforma legislativa ad opera della prassi.

Così, su un piano generale, per quanto si sprechino le critiche al sistema *adversarial* (soprattutto) americano, fintantoché si ritenga che uno degli obiettivi principali del processo sia l'*accuracy* – dal punto di vista dell'applicazione del diritto, che, però, a propria volta *presuppone* il corretto accertamento del fatto (anche comune) – da un lato, resta indimostrato (e forse indimostrabile) che un approccio inquisitorio sia maggiormente efficiente in questo senso⁹⁰⁶; dall'altro, «*the important question is not how these two fact-finding systems might perform in the abstract, but how many errors they produce in practice*»⁹⁰⁷. Ed anche quest'ultimo dato risulta estremamente difficile da acquisire.

Con specifico riferimento all'accertamento del fatto tecnico-scientifico, poi, pare che tutti i sistemi, pur nel loro mutuo influenzarsi, continuino a dibattersi in una situazione sub-ottimale: come ha mostrato Dwyer, se l'incentivo all'utilizzo di un «*agreed joint expert*»⁹⁰⁸ da parte della *rule 35.7* delle (ormai non più tanto) nuove CPR inglesi⁹⁰⁹ ha incontrato un certo successo, ciò è stato dovuto ad una serie di circostanze: anzitutto, l'*underpinning* giurisprudenziale, principalmente ad opera di Lord Woolf (già autore della riforma), nelle

La realtà, peraltro, sta verosimilmente in mezzo: v. BOHLANDER, Michael, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, in *Tulane Eur. Civ. L.F.*, 1998, 25 ss.

⁹⁰⁴ Cfr. REITZ, John C., *Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, in *Iowa L.R.*, 1990, 987 ss.; GROSS, Samuel R., *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*, in *Mich. L.R.*, 1987, 734 ss.

⁹⁰⁵ Come nota DAMAŠKA, Mirjan R., *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, in *Law., Prob. & Risk*, 2003, 121-122, «[c]reating a successful mixture is not like shopping in a boutique of detachable procedural forms, in which one is free to purchase some and reject others»; anzi, «a hybrid can be created that produces less satisfactory outcomes than its component parts in their unadulterated form».

⁹⁰⁶ V. in proposito FROEB, Luke M. - KOBAYASHI, Bruce H., *Adversarial versus inquisitorial justice*, in SANCHIRICO, Chris W. (ed.), *Procedural Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*², Cheltenham, 2012, 1 ss.

⁹⁰⁷ GROSS, Samuel R., *The American Advantage*, cit., 740-741.

⁹⁰⁸ DWYER, Deirdre, *Changing Approaches to Expert Evidence in England and Italy*, in *Int'l Comm. Ev.*, 2003, 4.

⁹⁰⁹ Anche le *Criminal Procedure Rules*, introdotte nel 2005 e più volte modificate, si fanno carico dei problemi che ruotano intorno all'*expert witness* e, per quanto qui interessa, promuovono la nomina di un unico consulente per tutti gli imputati, quando ve ne siano di molteplici ed abbiano tutti manifestato la necessità di ricorrere all'esperto: per una panoramica, anche sulle prospettive di riforma, v. PROCACCINO, Angela, *La selezione dei consulenti tecnici e la solidità dell'expertise, tra coordinate della soft law e suggestioni comparatistiche*, in CURTOTTI, Donatella - SARAVO, Luigi, *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, Torino, 2019, 261 ss.

vesti di giudice d'appello⁹¹⁰, e la circostanza che l'intero ripensamento del sistema abbia finito con l'attribuire maggiori poteri al giudice⁹¹¹; ma, soprattutto, il fatto che l'*adversarial tradition* in Inghilterra sia un prodotto storicamente piuttosto recente (e, dunque, non tanto radicato da costituire un serio ostacolo al cambiamento; *rectius*: al ritorno alle origini)⁹¹² e le «*epistemological difficulties with the judicial assessment of expert evidence*»⁹¹³, che spiegano come – in ogni sistema – il giudice registri una naturale diffidenza verso gli esperti di parte, non solo in quanto per definizione (ritenuti) *biased*, ma anche per l'oggettiva difficoltà, per un non tecnico, di scegliere tra opinioni contrapposte.

Allargando lo sguardo, può aggiungersi un ulteriore carattere apparentemente comune: che i consulenti siano uno o più, nominati d'accordo tra i litiganti o meno, il giudice tende a preferire *comunque* il parere del perito nominato d'ufficio. In tal senso può menzionarsi, ad esempio, l'esperienza tedesca: ai sensi del § 404 ZPO, se le parti concordano sull'identità del perito, la Corte è obbligata a nominarlo; al giudice è, tuttavia, consentito di restringere la scelta dei litiganti ai nomi indicati in una lista e di nominare esperti ulteriori⁹¹⁴. Quel che accade nella prassi, infatti, è che, di norma, «*the court will not [...] base its judgment directly upon the views of the party-selected expert; rather, the court will treat the rebuttal as ground for engaging a further court appointed expert (called an Oberexperte, literally an "upper" or "superior" expert), whose opinion will take account of the rebuttal*»⁹¹⁵; e lo stesso appellativo appare indicativo.

Quanto all'Italia, se, dopo oltre un decennio dall'introduzione del Codice di procedura penale del 1988 – che, in controtendenza con la tradizione e con il generale aumento dei poteri inquisitori del giudice che si registra a livello internazionale, ha tentato di aumentare la quota *adversarial* del sistema, anche sotto il profilo della formazione della prova scientifica – si notavano solo «*limited cultural change in the use of experts; the*

⁹¹⁰ DWYER, Deirdre, *Changing Approaches*, cit., 9.

⁹¹¹ *Ibid.*, 8.

⁹¹² *Ibid.*, 9 ss. Una simile circostanza si riflette ovviamente sulla disciplina della prova, la cui distanza da quella statunitense concorre a spiegare il fallimento, negli USA, della *rule 706*: cfr. DONDI, Angelo, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte"*, cit., 1156; SMITH, Ellison D. IV, *The Power of a Trial Judge to Call a Witness*, cit., 225. Ciò non toglie, comunque, che l'*inherent power* detenuto dalle Corti abbia consentito iniziative simili da parte di singoli giudici: v. l'esempio del giudice Coleman di Baltimora, riportato da SINK, John M., *The Unused Power of a Federal Judge to Call his Own Expert Witness*, cit., 203.

⁹¹³ DWYER, Deirdre, *Changing Approaches*, cit., 11 ss.

⁹¹⁴ MURRAY, Peter L. - STÜRNER, Rolf, *German Civil Justice*, Durham, 2004, 282, nota 159.

⁹¹⁵ LANGBEIN, John H., *The German Advantage*, cit., 840.

tribunali *have continued to direct much of the admission of evidence, and have continued to prefer their own perizia to the parties' consulenza*»⁹¹⁶, le cose non appaiono, ad oggi, mutate granché. Nonostante l'intensa opera della dottrina penalistica ed il *medio tempore* intervenuto sostanziale recepimento della giurisprudenza *Daubert* ad opera della sentenza Cozzini⁹¹⁷, si continua a lamentare, alternativamente, l'eccessivo «appiattimento sulla prova scientifica»⁹¹⁸ da parte del giudice, o l'altrettanto sproporzionata fiducia nelle proprie conoscenze⁹¹⁹; né le cose vanno diversamente nel settore civile, dove spesso la sensazione è che il giudice, più che *peritus peritorum*, sia «*servus peritorum*»⁹²⁰. Atteggiamenti ambivalenti, questi, che ben si spiegano laddove si considerino le tipiche reazioni umane dinanzi all'*ignoto*.

⁹¹⁶ DWYER, Deirdre, *Changing Approaches*, cit., 13 (enfasi aggiunta).

⁹¹⁷ Cass. pen., IV sez., 17 settembre 2010, n. 43786, su cui v., per tutti, TONINI, Paolo, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss. Non concorda con l'idea che di recepimento puro e semplice si sia trattato, invece, CARLIZZI, Gaetano, *Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 732 ss.; ID., *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1 ss.; ID., *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, in *Crim.*, 2015, 603 ss.

Quanto all'impatto della giurisprudenza americana in altri Paesi, v., ad esempio, i criteri elaborati nel 2007 dalla Corte suprema messicana, o lo *screening-test* dell'*expert testimony* modellato nel Rapporto della *Law Commission on expert evidence* britannica nel 2011: cfr. HAACK, Susan, *Nothing Fancy: Some Simple Truths about Truth in the Law*, in ID., *Evidence Matters*, cit., 309, testo e note 74-75.

⁹¹⁸ CECCHI, Marco, *L'"autonoma valutazione" del giudice quale baluardo contro l'appiattimento sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 915 ss., in nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 novembre 2016, n. 46955. Benché il caso in questione fosse di soluzione evidente (la sentenza cassata ricopiava, *per ben 23 pagine*, la consulenza tecnica, senza neppure curarsi di eliminare i riferimenti in prima persona del consulente), non possono condividersi appieno le ulteriori considerazioni della Corte e dell'Autore: se si è già avuto modo di sottolineare altrove che «ammettere la possibilità di riprodurre un atto in sentenza – e, così, di “non scrivere” – non autorizza (anche) a “non leggere”» (cfr. CAPASSO, Valentina, *La motivation arricchie*, cit., 544, nota 53), la necessità che il giudice faccia propria l'opinione del tecnico non pare richiedere sempre e necessariamente che la «riflessione critica frutto di uno studio ragionato» (cfr. CECCHI, Marco, *L'"autonoma valutazione" del giudice*, cit., 924) si manifesti con particolari modalità grafiche. In altri termini, una volta che il giudice sia in grado di seguire il ragionamento del perito e, su queste basi, decida di aderirvi, è davvero necessario che *ne metta in prosa le parole*? E, prima ancora, è sempre possibile farlo?

⁹¹⁹ TONINI, Paolo, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1410 ss., che ricorda come «in primo grado i giudici hanno detto di essere loro stessi gli esperti idonei a decidere in base al brocardo *iudex peritus peritorum*». Fortunatamente, non è sempre così: ad esempio, nel caso Garlasco, il giudice ha saputo diffidare dell'applicabilità della massima di comune esperienza per cui «l'uomo cammina seguendo il percorso più breve da un punto ad un altro», finendo per scoprire, così, che le persone hanno piuttosto la tendenza a muoversi evitando le macchie di sangue (cfr. TONINI, Paolo, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1233); o l'approfondita analisi della Corte d'Assise d'Appello nel caso relativo all'omicidio di via Poma (cfr. Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2014, n. 39220, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 415 ss., con nota di MANCINI, Chiara, *Processo di via Poma: l'applicazione dei criteri Daubert rende la motivazione esente da vizi*); ma le punte di eccellenza non fanno altro che evidenziare le pecche comuni.

⁹²⁰ GRAZIOSI, Chiara, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?*, in *Resp. civ.*, 2005, 316 ss.

Ma, a monte di ogni discussione circa la valutazione – e dunque sul grado di discrezionalità nell'apprezzamento che può essere riconosciuto al giudice, e su quello che, di fatto, i magistrati si riconoscono (o meno) – stanno ulteriori problemi, parzialmente diversi da quelli registrati nei sistemi di *common law*: se lì la configurazione dell'*expertise* come prova ha reso necessario regolare il flusso di accesso, altrimenti libero, dell'opinione in sé nel processo, nei sistemi che per tradizione fanno ricorso al CTU le questioni si pongono sin dal momento dell'opzione, da parte del giudice, sull'*an* del ricorso alla perizia; proseguono con riferimento alla scelta del consulente, alla definizione del suo incarico e – solo infine – al recepimento o meno del parere nella sentenza.

Nel rinviare l'esame approfondito di tali problemi ad un momento successivo⁹²¹, per il momento pare sufficiente sottolineare la comunanza di difficoltà tra i vari sistemi, che non pare poter essere risolta facendo affidamento sulla figura del giudice-giurista: quest'ultimo, se non è *per professione* dotato di *capacità cognitive* superiori all'uomo comune, neppure è particolarmente attrezzato, *dal punto di vista epistemico*, dinanzi ai saperi tecnico-scientifici.

17.2 La prospettiva filosofica: l'intellectual due process

17.2.1 Qualità, giustizia, verità

Si è già discusso⁹²² della difficoltà di apprezzare la «qualità» di una decisione, che non è affatto risolta neppure quando si decida convenzionalmente di intendere tale attributo come sinonimo di «giusta»⁹²³. Infatti, se sul *piano morale* è difficile non concordare con l'affermazione per cui «indipendentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione, [...] essa non [è] mai *giusta* se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti»⁹²⁴, deve anche prendersi atto che, se ci si muove sul piano dell'essere, e non del dover essere, all'immanente – in quanto

⁹²¹ V. *infra*, §§ 17.3 ss.

⁹²² V. *retro*, § 6.3.

⁹²³ Potendosi di qui il discorso dipanare *almeno* secondo la duplice direzione teorica della *substantive* o della *procedural justice*, cui, a propria volta, sono sottese scelte ideologiche che si è già dichiarato di non voler compiere, nel tentativo di preservare, per quanto possibile, l'oggettività dell'analisi.

⁹²⁴ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 43 (enfasi aggiunta).

«irrinunciabil[e]»⁹²⁵ – scopo del processo (la risoluzione dei litigi) si accompagna, *con riferimento ai sistemi qui studiati*, solo *tendenzialmente* quello di accertamento della verità⁹²⁶.

Se si parte dal presupposto – comunque non pacifico, ma che è necessario assumere, pena l’inutilità di ogni ulteriore considerazione – che la verità, in quanto tale, *esiste*, e se ne adotta una concezione aletica, sicché può ritenersi che essa venga accertata nel processo solo quando il provvedimento definitivo dichiara una situazione corrispondente a quella effettuale⁹²⁷, appare certo *possibile* che la disciplina del processo sia congegnata in modo tale da condurre – in una percentuale non meglio precisata di casi – ad un accertamento veritiero dei fatti; e ciò, indipendentemente dalla tecnica⁹²⁸ adottata⁹²⁹. Quello che pare da escludere, però, è che un sistema processuale possa *materialmente* garantire *sempre e comunque* che a tale risultato si giunga; e tale conclusione non è motivata né dalla consapevolezza, più volte mostrata, rispetto ai limiti cognitivi dell’uomo (che sono presenti e reali, ma non automaticamente implicano che *ogni* decisione sia errata, né che l’errore del giudice abbia sempre sulla pronuncia un impatto tale da cambiarne il segno), né da una piana adesione alle teorie del *legal realism*⁹³⁰, che ben si sposerebbero con una ricostruzioni in termini (esclusivamente) retorico-argomentativi della prova⁹³¹, ma dalla (peraltro necessaria) esistenza di limiti nell’ambito della stessa disciplina processuale.

In altri termini, posto che le parti si conformino alle regole – perché non avrebbe senso ipotizzare diversamente, non potendosi biasimare il *gioco* per la *defaillance* di chi le violi –, anche quando queste ultime non siano totalmente *epistemic-oriented*, non può escludersi che l’accertamento contenuto nella pronuncia giudiziale *effettivamente* coincida

⁹²⁵ AULETTA, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., 462.

⁹²⁶ Sui due scopi, solitamente presentati come alternativi ed incompatibili, v., *ex multis*, TARUFFO, Michele, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1305 ss.

⁹²⁷ Su questi temi, v. TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., *passim*, e, più recentemente, ID., *Verità e prova nel processo*, cit., 1305 ss.

⁹²⁸ CARNACINI, Tito, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*. in CARNELUTTI, Francesco (a cura di), *Studi in onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milano, 1951, 695 ss.

⁹²⁹ Per un sunto dei pro ed i contro – dal punto di vista epistemico – dei modelli inquisitorio ed *adversary*, v. DAMAŠKA, Mirjan R., *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, cit., 120 ss.

⁹³⁰ V. *retro*, § 13.1.2.

⁹³¹ Da sempre contrapposta alla funzione dimostrativa della stessa: cfr. CARRATTA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 85-91; TARUFFO, Michele, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 553 ss.

con la realtà dei fatti; ma neppure può dirsi che il sistema persegue tale scopo sopra ogni cosa, ogniqualevolta (ovvero, in maggior o minor misura, sempre) preveda preclusioni processuali⁹³², o il giudicato⁹³³, o una disciplina dell'allegazione e dell'ammissibilità della prova che non sia totalmente libera, *à la Bentham*⁹³⁴.

Se questo è vero in linea di massima, con riferimento specifico al processo civile italiano non può non notarsi che la tendenza attuale⁹³⁵ sia nel senso di trasformare quello sul fatto in un giudizio *one-shot*: il meccanismo della doppia conforme (se non è un'incitazione) è certamente un tentativo di *approfittare della prassi* dei giudici d'appello ad appiattirsi sulla valutazione del giudice di primo grado; il fatto dalla cui pretermissione ci guarda la Cassazione è – appunto – quello omesso, e quindi *mai* analizzato prima; né argomenti possono trarsi dal motivo di revocazione di cui all'art. 395, n. 2, c.p.c., che è attivabile solo in casi patologici estremi, ma non se la valutazione di una prova (non falsa) è semplicemente errata. In Francia mancano previsioni corrispondenti alle prime due, mentre la terza trova un omologo nel motivo di *révision ex art. 595, n. 3, CPC*; ma per entrambi i Paesi vale, seppur in misura diversa – in quanto riflettente le differenze di disciplina – l'idea che «gran parte di ciò che delimita la cognizione giudiziale del fatto e la rende specifica rispetto alle indagini dello storico, dello scienziato, o rispetto a quelle funzionali alle decisioni della vita di ogni giorno, non dipende dalle norme che direttamente compongono il "diritto delle prove", ma

⁹³² Del resto, è «immanente ad ogni ordinamento processuale il conflitto tra la preoccupazione di non porre troppi limiti, anche temporali, alla raccolta del materiale utile per il c.d. accertamento della verità sui fatti controversi, e l'esigenza che il processo sia organizzato e articolato in fasi e scansioni ben definite»: cfr. CAVALLONE, Bruno, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1036.

⁹³³ In realtà, da un punto di vista strettamente economico, la previsione di un limite alla continua ridiscussione del fatto non sarebbe necessaria, poiché l'individuo razionale dovrebbe essere scoraggiato dai costi della *re-litigation*: cfr. POSNER, Richard A., *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, cit., 444-445; ma quanto si è detto, sin dal Capitolo I, relativamente agli errori cognitivi degli individui dovrebbe essere sufficiente a suffragare la *diffidenza* del legislatore.

⁹³⁴ Posto che, se «[è] innegabile che la disciplina giuridica delle prove e dell'istruzione probatoria [...] sia funzionalmente connessa con il c.d. accertamento della verità dei fatti controversi, o più esattamente con la verifica giudiziale delle proposizioni che ne affermano o negano l'esistenza», è «altrettanto evidente [...] che qualunque disciplina giuridica dell'indagine giudiziale sul fatto non può non consistere, in realtà, in un sistema di ostacoli a quella verifica»: cfr. CAVALLONE, Bruno, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 948; ma v. già CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit.

⁹³⁵ Sembra che l'ultimo afflato *epistemic-oriented* del legislatore – e, come spesso è capitato, probabilmente solo di quest'ultimo: cfr. CAVALLONE, Bruno, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 954 – sia stata l'introduzione dell'art. 281-ter c.p.c.: cfr. CAVALLONE, Bruno, *Un tardo prodotto dell'art déco (il «nuovo» articolo 281 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 93 ss.

semplicemente dal fatto che quella cognizione si colloca nel contesto della disciplina giuridica del processo»⁹³⁶.

Così, quando si tenga conto di tali limitazioni, con riferimento a quella che si accerta nel processo, volendo, si potrà parlare di «verità relativa»⁹³⁷ e sostenere che essa non sia diversa dalla verità *tout court*, perché anche quest'ultima non è (davvero) assoluta; così come si potrà argomentare che il risultato cui si giunge nel processo – comunque lo si voglia chiamare – non va comparato con immaginarie «altre ed “illimitate” situazioni conoscitive»⁹³⁸. Ma un uso accorto della terminologia non può nascondere la realtà: quasi mai è possibile *verificare* che quanto affermato in sentenza sia vero. Di qui, la preferenza che pare tuttora doversi accordare alla definizione di Carnelutti, per il quale «la disciplina giuridica del processo della ricerca dei fatti controversi da parte del giudice alter[a] profondamente la funzione del processo medesimo, il quale non serve più a *conoscere* i fatti, cioè a *stabilirne la verità*, ma unicamente a *conseguirne una fissazione formale*»; con la precisazione che, poiché «codesta disciplina non è stata mai informata all'arbitrio e non è più informata al pregiudizio, bensì viene costituita secondo lo scopo (politico) di ottenere la conoscenza dei fatti controversi per la via più rapida e più sicura», la circostanza che «in un numero maggiore o minore di casi questo scopo fallisca e che, malgrado ciò, i fatti risultanti dal processo vengano ritenuti come veri o, più esattamente, vengano posti nella sentenza anche se non sono vero, impedisce certo di considerare la verità (materiale) come il risultato costante del processo probatorio» non può far dimenticare che «la verità formale è poi la verità materiale nella media dei casi»⁹³⁹.

Così, per quanto possa ritenersi che la legittimazione della funzione giurisdizionale stia *anche* nel *perseguimento* (sebbene non necessariamente nell'*ottenimento*) della verità,

⁹³⁶ CAVALLONE, Bruno, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 949-950.

⁹³⁷ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 53 ss.; LE MASSON, Jean-Marc, *La recherche de la vérité dans le procès civil*, in *Dr. soc.*, 1998, 22.

⁹³⁸ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 58.

⁹³⁹ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 53-54. Simili affermazioni appaiono utili a ricondurre ad unità l'apparente contrasto tra l'Autore e Taruffo: in effetti, quando quest'ultimo afferma che «nel processo si conseguono solo verità relative», e che «[l]a relatività della verità di cui si parla nel processo [...] va [...] intesa in senso oggettivo, ossia in riferimento alla quantità e qualità delle informazioni sulle quali si basa la conoscenza di un fatto», con la conseguenza che «che questa verità è relativa al grado di conferma che l'enunciato riceve dalle informazioni disponibili nel contesto specifico in cui se ne deve stabilire la verità o la falsità»⁹³⁹ (cfr. TARUFFO, Michele, *Verità e prova nel processo*, cit., 1313), non pare si affermi altro che quanto accertato nel processo *possa* divergere dalla verità (aletica) in ragione dell'impossibilità di convogliare al suo interno tutte le informazioni rilevanti; e ciò deriva, *anzitutto*, dalla disciplina processuale.

ciò che il sistema può *al massimo* garantire è la predisposizione di un disegno *globalmente* tendente a tale scopo; ciò che, invece, deve *come minimo* richiedere, è che qualunque accertamento (*rectius*: fissazione formale dei fatti⁹⁴⁰) sia *giustificato*.

17.2.2 Non conoscenza, ma justified belief

Tale ultima considerazione appare particolarmente utile a precisare il tipo di «verità» che è possibile attingere nel processo con specifico riferimento alla prova scientifica. Infatti, venuto meno il mito positivista della scienza «illimitata, completa, infallibile»⁹⁴¹, le aspettative rispetto all’apporto di quest’ultima debbano essere ridimensionate: non più la verità (o, il che è lo stesso, la conoscenza) con l’iniziale maiuscola, ma solo un *justified belief*.

Del resto, ad un’attenta lettura, è questo che – in sostanza – ha voluto intendere la Corte suprema statunitense in *Daubert*: è vero che essa ha dedicato un’analisi dettagliata (con tanto di aiuto dei dizionari) dei termini «*scientific*» e «*knowledge*»; eppure, non può si può non concordare con l’analisi di Brewer, che rileva come questo secondo concetto «*cannot quite be the same [...] that has concerned traditional epistemology – at least not those epistemological theories for which truth is a necessary condition of knowledge. Although the Court and the traditional epistemologist agree that "the word 'knowledge' connotes more than subjective belief or unsupported speculation", it is obvious that, under the Court's interpretation, Rule 702 does not presuppose that every expert is testifying to the truth. Otherwise, the Court would not allow scientific experts to testify to contrary or contradictory propositions. Instead, the Court offers a more expansive explication of 'knowledge,' one that embraces "any body of known facts or... any body of ideas inferred from such facts or accepted as truths on good grounds.... Proposed testimony must be supported by appropriate validation-i.e., 'good grounds', based on what is known. (The Court also concludes that certainty is not a necessary condition of "scientific knowledge.") In a nutshell, the concept of epistemic assessment with which the Court is concerned when*

⁹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 53.

⁹⁴¹ Cfr. TONINI, Paolo, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9; BRUSCO, Carlo, *La valutazione della prova scientifica*, ivi, 2008, 24; MOSCARINI Paolo, *Lo statuto della "prova scientifica" nel processo penale*, ivi, 2015, 652; TARUFFO, Michele, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1090.

interpreting the term 'knowledge' and the phrase 'scientific knowledge' is that of a judgment that is supported by good reasons»⁹⁴².

Se ne può inferire che, indipendentemente dai contingenti limiti processuali all'ingresso della prova scientifica, rispetto ad essa risulta *oggettivamente* impossibile mirare ad una verità aletica. A tale limite, tuttavia, deve aggiungersene un altro, questa volta *soggettivo*.

17.2.3 La capacità epistemica del giudice

Il discorso sulla valenza epistemica del processo, infatti, è stato praticamente da sempre incentrato sulla disciplina dello stesso, sul presupposto che al variare di quest'ultima cambiasse automaticamente anche il grado di approssimazione del contenuto della sentenza alla verità. In sostanza, probabilmente anche in ragione della natura (comune) del materiale probatorio da valutare, non ci si è mai interrogati sull'influenza delle capacità epistemica del giudice-persona fisica sul risultato voluto (*rectius*: sperato). Ma, come già rispetto ad altre occasioni, agire sulle norme del codice non (sempre) basta; e, se già in generale si è notato che «perché [la] decisione sia, non “perfetta”, ma [...] accettabile» bisognerebbe «partire dalla scelta e dalla formazione del giudice»⁹⁴³ – riconoscendosi, anche in ragione della sede dell'affermazione⁹⁴⁴, i limiti cognitivi ordinari dello stesso in quanto uomo – ciò vale a maggior ragione quando si tratti della valutazione della prova tecnico-scientifica.

Infatti, posto che, già in generale, suggerire regole di ragionamento probatorio serve a poco, fintantoché esse non diventino cogenti in quanto recepite da un codice⁹⁴⁵, in questo ambito sembra avere ancora meno utilità: sarà anche vero che «la funzione “dimostrativa” della prova giudiziaria», intesa come quella che deve essere «assolta all'interno del processo mediante il ricorso ad un procedimento di tipo razionale, i cui risultati – proprio perché fondati su un procedimento di questo tipo – sono controllabili dall'esterno, e cioè dai destinatari della decisione, dal giudice dell'impugnazione e, in generale, da tutti i consociati», «non pare potersi distinguere – dal punto di vista epistemologico – dalla

⁹⁴² BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, cit., 1598.

⁹⁴³ CAVALLONE, Bruno, *A proposito dell'imperfezione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 906

⁹⁴⁴ Trattandosi della recensione a BONA, Carlo, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi dei giudici civili*, Bologna, 2010.

⁹⁴⁵ CAVALLONE, Bruno, *Riflessioni sulla cultura della prova*, cit., 973.

funzione svolta dalla prova in altri settori della conoscenza umana»⁹⁴⁶; sicché potrebbe anche ammettersi, contro le risultanze degli studi menzionati *supra*⁹⁴⁷, che vi sia un *unico, universale, metodo di ragionamento corretto*. Ma dovrebbe essere finanche superfluo sottolineare che, a monte di qualunque argomentazione sensata, è necessario vi sia la conoscenza (e dunque la comprensione) di ciò su cui si ragiona; e che questo non sia predicabile di *default* nel giudice-tipo, rispetto all'argomento che occupa, è dimostrato già dalle basi teoriche seguite nel caso Daubert e, di riflesso, dalla sua progenie.

Al di là della circostanza che la *Supreme Court* pare aver compiuto una indebita commistione delle teorie di Popper e di Hempel, che sono invece irriducibili⁹⁴⁸, e che lo stesso pensiero del primo Autore, ad un'attenta analisi, si dimostra contraddittorio⁹⁴⁹, è l'idea di fondo che sorregge la delineazione degli *standards* a risultare completamente inadeguata agli scopi che si prefiggeva la Corte: «*Popper's account is unremittingly negative; he explicitly denies that a scientific theory can ever be verified, or even confirmed— or shown to be reliable*»⁹⁵⁰. Così, «*[t]he degree of corroboration of a theory represents its past performance only, and “says nothing whatever about future performance, or about the ‘reliability’ of a theory”; even the best-tested theory “is not ‘reliable’”*»⁹⁵¹. A tale incomprendimento, poi, si aggiunge quella, ulteriore, di aver indebitamente *identificato* il carattere scientifico di uno studio con la sua *reliability*⁹⁵²; *misunderstanding* che si spiega laddove si consideri la circostanza che *Justice Blackmun* abbia citato un articolo di Popper in cui egli faceva uso del termine *confirmation* – in seguito dallo stesso ripudiato in quanto non rispondente al suo pensiero, bensì frutto di un mero errore di traduzione nel riprendere le parole di Carnap⁹⁵³ –, ma che pare aver viziato in radice l'intero ragionamento della Corte⁹⁵⁴. Certo, si potrebbe obiettare che la correttezza delle *basi filosofiche* su cui poggia la

⁹⁴⁶ CARRATTA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 75-77.

⁹⁴⁷ V. *retro*, §§ 17.1 ss.

⁹⁴⁸ HAACK, Susan, *Trial and Error: Two Confusions in Daubert*, in ID., *Evidence Matters*, cit., 104 ss.; ID., *Federal Philosophy of Science*, cit., 142.

⁹⁴⁹ HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science*, cit., 129 ss.

⁹⁵⁰ HAACK, Susan, *Trial and Error*, cit., 108.

⁹⁵¹ *Ibid.*, 109.

⁹⁵² *Ibid.*, 110 ss.

⁹⁵³ HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science*, cit., 134-135.

⁹⁵⁴ Peraltro, i travisamenti erano presenti nei vari *amicus briefs* presentati alla Corte (cfr. HAACK, Susan, *Federal Philosophy of Science*, cit., 136 ss.), colpevole, forse, di essersi *affidata troppo*. E lo stesso sembra potersi dire quanto al criterio della *peer-review and publication*, pure suggeriti alla Corte, senza considerare

pronuncia abbia un'importanza solo relativa, l'essenziale essendo, piuttosto, il contenuto concreto delle linee guida in essa contenute. Il che può anche ammettersi, a patto – però – di rinunciare alla (se non unica possibile, concretamente affermata) giustificazione razionale del potere-dovere del giudice di assumere il suo ruolo di *gatekeeper*, visto che – *rule 702 FRE ante-Daubert* alla mano⁹⁵⁵ – la disciplina positiva non glielo imponeva affatto.

In realtà, esattamente come (tuttora) in Italia il concetto di «rilevanza» – che si è ritenuto di poter tradurre con «utilità», nel senso che la prova, per esser tale, dovrebbe «forni[re] informazioni che servono ad accertare il fatto di cui si tratta» – quello di «assistenza» contenuto nella vecchia *rule 702 FRE* rappresentava un criterio poco adatto, se inteso in senso atomistico, a fondare una decisione del tipo *all-or-nothing* (ammettere o meno la prova) con riferimento a quella tecnico-scientifica, la cui utilità va piuttosto apprezzata per gradi⁹⁵⁶. Dovrebbe discenderne, allora, un'apertura tendenzialmente illimitata all'ingresso della stessa nel processo⁹⁵⁷, salvo rinviare ogni valutazione alla fase della decisione, quando l'organo giudicante potrà beneficiare, oltre che del panorama probatorio complessivo, dell'intervenuto esercizio del contraddittorio.

17.2.4 Il contraddittorio come panacea?

In Italia, del resto, la dottrina – soprattutto (ma non solo) penalistica, che da tempo appare più sensibile all'argomento, sia in virtù della normalità del ricorso alle leggi

che la pubblicazione non garantisce né che tutto quanto è edito sia vero – ed infatti, «[f]rom the very beginning, scientific editors have stressed that they and their reviewers have no choice but to rely on the integrity of authors» - né che tutto quanto è vero sia edito, visto che «editors and peer reviewers are not concerned only with truth, methodological soundness, and such; they also care, reasonably enough, about the interest of the work, the readability of the article, and its suitability for this particular journal»: cfr. HAACK, Susan, *Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers*, in ID., *Evidence Matters*, cit., 163. V. anche HARDWIG, John, *The Role of Trust in Knowledge*, cit., 703.

⁹⁵⁵ Il testo originario (del 1975) prevedeva semplicemente che «[i]f scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or 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».

⁹⁵⁶ HAACK, Susan, *Evidence Matters*, cit., *passim*.

⁹⁵⁷ Come ricorda CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Milano, 1966, 20 – discorrendo di strumenti quali l'ipnosi e la narcoanalisi, chiaramente esclusi per motivi ideologici con cui è difficile non concordare – «[s]e il problema stesse soltanto nel trovare il bandolo di una ricostruzione veritiera del fatto, non vi sarebbe motivo di negare ingresso» a tali tecniche. Infatti, benché si stato affermato «che mezzi del genere s[arebbero] inammissibili perché non offrono garanzie di verità», è facile ribattere che «anche la testimonianza e la consulenza tecnica», evidentemente qui intesa in senso “classico”, «sono inattendibili o addirittura mendaci e, malgrado ciò, se ne fa un uso quotidiano; senza contare che, se fossero ammissibili le sole prove che garantiscono la veridicità del giudizio, converrebbe cancellare dal lessico giuridico la parola “prova”».

scientifiche in materia di causalità⁹⁵⁸, sia per il differente grado di protezione costituzionale del principio – è pressoché unanime nel riconoscere la «*valenza epistemologica universale del contraddittorio*»⁹⁵⁹, inteso quale «metodo scientifico del processo»⁹⁶⁰, strumento «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»⁹⁶¹: ma sulle capacità taumaturgiche di quest'ultimo può sollevarsi qualche dubbio⁹⁶².

Da un punto di vista puramente epistemico, in effetti, non può escludersi che, in astratto, esso «*can enable thorough evidential search and scrutiny*»⁹⁶³, ed in questo senso possa condurre alla verità, nel senso già specificato, persino in un sistema puramente *adversarial*, che «*is not an inherently hopeless way to determine the truth under the inevitable time-pressure*»⁹⁶⁴. Ragionare per di modelli astratti, tuttavia, serve a poco: e così, può condividersi anche la convinzione che «*there is good reason to fear that the adversarial system we actually have, as it presently functions, is very far from optimal*»⁹⁶⁵, sebbene per ragioni *diverse* da quelle usualmente utilizzate nell'ambito del dibattito sul valore epistemico del sistema inquisitorio o accusatorio.

Anzitutto, esistono evidenze empiriche che dimostrano che un soggetto esposto a tesi contrapposte tende a ricercare, in quella non coincidente con il proprio convincimento

⁹⁵⁸ VANACORE, Giorgio, *Sapere scientifico e processo giudiziario*, in *Danno e resp.*, 2015, 646.

⁹⁵⁹ CONTI, Carlotta, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 31 (corsivo originale). Nello stesso senso, con varietà di sfumature, LOMBARDO, Luigi, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 35 ss.; CARRATTA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 98; TARUFFO, Michele, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., 1109; COADY, Cecil A.J., *Testimony*, cit., 295 ss. Per FERRUA, Paolo, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 17, anzi, sarebbe stato il metodo accusatorio ad ispirare quello scientifico.

⁹⁶⁰ AULETTA, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, cit., 461 ss.

⁹⁶¹ *Ibid.*, 468.

⁹⁶² Le considerazioni che seguono mirano *solo* a segnalare l'insufficienza del contraddittorio, non a svalutarlo in toto, tanto da ritenerlo superfluo; sicché, non può non inorridire l'ultima virata pragmatica della Cassazione francese, che ha sostanzialmente affermato che due expertises non svoltesi in contraddittorio... si convalidano a vicenda: cfr. *Cass., Civ. 3ème, 15 novembre 2018*, n. 16-26.172, criticamente commentata da BARBIER, Jehan-Denis, *Rapport d'expertise et principe du contradictoire*, in *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, 68; GUERLIN, Gaëtan, *L'audience contradictoire sauve l'expertise non contradictoire...*, in *LEDC*, janv. 2019, 5, e HOFFSCHIR, Nicolas, *Le juge peut se fonder exclusivement sur deux rapports d'expertise dressés non contradictoirement*, in *Gaz. Pal.*, 29 janv. 2019, 65; SANSONE, Guillaume, *Expertise et respect du principe de la contradiction : triomphe du pragmatisme*, in *LEDIU*, janv. 2019, 4.

⁹⁶³ HAACK, Susan, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and the American Way*, in *ID.*, *Evidence Matters*, cit., 35 (enfasi originale).

⁹⁶⁴ HAACK, Susan, *Epistemology Legalized*, cit., 39.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

pregresso, argomenti onde corroborare quest'ultimo: più in particolare, se l'argomentazione contraria viene presentata come un dato statistico secco, essa riesce ad incrinare i preconcetti; del resto, è difficile controbattere ad un numero. Tuttavia, una volta fornita (anche) una spiegazione, la tendenza è a ricercare in quest'ultima dei vizi logici – anche solo putativi – che consentano di riaffermare la tesi iniziale⁹⁶⁶. Certo, lo studio, in quanto statunitense, è stato condotto su persone comuni (ovvero, potenziali giurati); ma, pur non potendosi affermare con certezza l'estendibilità dei risultati ai *lawyer-judges*, quanto si è detto sinora sembra sufficiente a farne sorgere il sospetto⁹⁶⁷.

Inoltre, se è vero che il medesimo fenomeno potrebbe ventilarsi anche in relazione alle opposte tesi giuridiche, il parallelo non appare pertinente, per ragioni intuibili: fintantoché si discuta di diritto, si configura un *expert/expert problem*, in cui il giudice, (ritenuto) esperto tra gli esperti *giuridici*, si trova ad apprezzare le diverse tesi dei procuratori di parte; e lo farà, verosimilmente, accogliendo quella più vicina alla propria idea iniziale⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ LORD, Charles G. - ROSS, Lee - LEPPER, Mark R., *Biased Assimilation and Attitude Polarization*, cit.: si trattava, nello specifico, della presentazione di studi contrapposti relativi all'efficacia della pena di morte, sottoposti a soggetti dichiaratamente pro o contro la stessa. In una prima fase, la tesi contraria a quella del rispondente è stata presentata come la rilevazione statistica della diminuzione (o dell'aumento) dei reati a seguito dell'implementazione, in uno Stato, della pena capitale; in un momento successivo, è stata presentata anche la metodologia seguita per la ricerca. I risultati di Lord e colleghi sono confermati dagli studi di MILLER, Arthur G. - MCHOSKEY, John W. - BANE, Cynthia M. - DOWD, Timothy G., *The attitude polarization phenomena: Role of response measure, attitude extremity, and behavioral consequences of reported attitude change*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1993. 561 ss., e BOYSEN, Guy A. - VOGEL, David L., *Biased Assimilation and Attitude Polarization in Response to Learning About Biological Explanations of Homosexuality*, in *Sex R.*, 2007, 755 ss..

Le uniche critiche rinvenute sono quelle di KUHN, Deanna - LAO, Joseph, *Effects of Evidence on Attitudes: Is Polarization the Norm?*, in *Psych. Sc.*, 1996, 115 ss., che, peraltro, sembrano riuscire a respingere solo l'idea che la *biased assimilation* si verifichi in ogni caso, e solo in ragione dell'esposizione a prove contraddittorie, ma sono costretti ad ammettere l'occorrenza dell'effetto.

⁹⁶⁷ La psicologia sembra dunque avvalorare l'intuizione di FULLER, Lon L., *The Adversary System*, in BERMAN, Harold (ed.), *Talks On American Law*, New York, 1961, 39-40, secondo il quale «*what starts as a preliminary diagnosis designed to direct the inquiry tends, quickly and imperceptibly, to become a fixed conclusion, as all that confirms the diagnosis makes a strong imprint on the mind, while all that runs counter to it is received with diverted attention*»; nello stesso senso, DAMAŠKA, Mirjan R., *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, cit., 121 (per quanto entrambi gli Autori riportino tale fenomeno al solo modello inquisitorio).

⁹⁶⁸ Una netta, quanto rara – probabilmente perché ben poco *politically correct* – affermazione della superfluità del contraddittorio, rispetto ai casi in cui il giudice si è già formato un'idea precisa della soluzione, si rinviene nella motivazione della decisione che ha definitivamente «completa[to] il percorso di sterilizzazione del contenuto precettivo dell'art. 37 c.p.c.» (cfr. POLI, Giorgio G., *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, 810), che considera che: «[I]a tesi secondo la quale soltanto in caso di dubbio espresso possa riconoscersi la forza certificatrice del giudicato appare illogica, perché esclude tale *vis* proprio quando la questione non presenta alcun margine di incertezza e viene decisa de plano. Sarebbe come dire che la verità di un fatto evidente è meno certa di un fatto originariamente dubbio, o come affermare che il giudicato sul merito si forma soltanto in relazione alle circostanze di fatto che abbiano formato oggetto di prova e non invece in relazione ai fatti notori o non contestati». In effetti, secondo la Corte, posto che «in linea di principio, la certezza del giudicato talora deriva non dall'accertamento dei fatti ma soltanto dalla impossibilità di accertarli, in quanto

(o, nell'inverosimile caso in cui non ne avesse già una, tendenzialmente scegliendo quella più autorevolmente sostenuta)⁹⁶⁹. Tuttavia, è possibile sostenere (o, almeno, sperare) che il giudice, per quanto prevenuto – nel senso di formato secondo una determinata dottrina⁹⁷⁰ – sia dotato di sufficiente onestà intellettuale da poter valutare nel merito le diverse prospettazioni degli avvocati delle parti (che, comunque, è in grado di *comprendere*)⁹⁷¹. Quando, invece, la questione abbia natura tecnico-scientifica, si è in presenza del diverso *novice/2-expert problem*, una cui risoluzione efficace, come si vedrà, è ancora ben lungi dall'esser stata trovata⁹⁷²; ma è evidente sin d'ora la problematicità dell'utilizzo tanto del criterio della vicinanza alla pre-comprensione del giudice (rispetto al quale è forte il rischio che si tratti di un convincimento fondato su basi tutt'altro che razionali), quanto dell'argomento d'autorità.

In secondo luogo, va ricordato che il ruolo di *gatekeeper* del giudice, nel processo americano, mira ad evitare che la *giuria* sia esposta alla *junk science* (così come ad altre informazioni inammissibili), sul presupposto dell'incapacità dell'organo decidente a discernere gli elementi su cui fondare il proprio *justified belief*. Ma, se è vero che «*if [the decision-maker] doesn't understand the other person's language, his reading what that person writes or hearing what he says won't contribute to his belief*»⁹⁷³ e che *lawyers* e *laymen* sono esposti agli stessi *bias* cognitivi – tant'è che, come si vedrà, rispetto ai *non-jury trials* si è dubitato dell'opportunità di mantenere l'identità del giudice nelle due fasi dell'ammissione probatoria e della decisione – e sono ugualmente impreparati rispetto ai

sopperisce la regola di giudizio dell'onere della prova: il dubbio resta nonostante la decisione», può affermarsi che «sul piano del valore di verità, appare più affidabile la decisione che non sia passata attraverso il travaglio del dubbio, che non quella che sia frutto del contraddittorio risolto *iuxta alligata et probata* e non in base al principio di verità materiale» (cfr. Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, 2009, I, 806 ss.).

E viene da chiedersi quanto spesso considerazioni simili restino nella penna dell'estensore.

⁹⁶⁹ Questa, in sintesi, la teoria di KITCHER, Philip, *The Advancement of Science. Science Without Legend, Objectivity Without Illusions*, New York-Oxford, 1993, 314 ss., che, peraltro, non fa che confermare quanto si è già detto § 4.2.3 circa la scelta del precedente da applicare.

⁹⁷⁰ Si pensi all'impatto (potenzialmente decisivo) che l'adesione all'una o all'altra tesi in materia di onere della prova nelle azioni di accertamento negativo potrebbe avere sull'esito del giudizio.

⁹⁷¹ Un'incitazione ad una simile (cieca?) *fede* è costituita dalla recente affermazione delle Sezioni unite, secondo cui l'avvocato «ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche [...] portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti»: cfr. Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, cit., § 12.31.

⁹⁷² V. *infra*, § 17.2.5.

⁹⁷³ HAACK, Susan, *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*, in ID., *Evidence matters*, cit., 23.

metodi della scienza, è facile comprendere come, ogniqualvolta giudice dell'ammissibilità della prova e giudice della decisione coincidono (ciò che avviene sempre più spesso del processo americano, ed è la norma in quello eurocontinentale), la prima valutazione si risolve in un giudizio anticipato, da parte di un inesperto, e senza che il contraddittorio abbia potuto esercitare i propri effetti sul suo convincimento⁹⁷⁴.

Certo, nel processo *civilian*, la diversa struttura degli atti introduttivi e le possibilità di replica consentite alle parti in udienza (e oltre) sembrerebbero *potenzialmente* atte garantire il confronto *prima* che il giudice si determini, tanto sull'ammissibilità delle prove scientifiche eventualmente offerte dai litiganti, quanto – se del caso – sull'*an* del ricorso al consulente tecnico. Tuttavia, posto che – con specifico riferimento al processo civile italiano – «tre memorie (ma lo stesso si potrebbe dire di qualunque altro numero), per di più soggette a termini paritetici per entrambe o tutte le parti, e non, come forse sarebbe più logico, “scalate” possono essere troppe o troppo poche»⁹⁷⁵ e che solo per «prassi, tanto caritatevole quanto sensata» viene di norma fissata «una nuova udienza per discutere con le parti sia dell'ammissione o non ammissione delle prove, sia [...] per esempio, della opportunità di disporre una consulenza tecnica»⁹⁷⁶, resta pur sempre il rischio che un approccio atomistico porti ad escludere pregiudizialmente elementi che, pur non pienamente probanti *di per sé*, potrebbero, unitamente ad altri⁹⁷⁷, aumentare il grado di *warrantability*⁹⁷⁸.

Da questo punto di vista, può certamente accogliersi con favore l'ambiziosa opera di Beecher-Monas, che indica una serie di basilari «*heuristics*» e «*rules of thumb*» – qui intesi

⁹⁷⁴ Il pericolo, in altri termini, sembra essere quello, evidenziato da HAACK, Susan, *Risky Business: Statistical Proof of Specific Causation*, in ID., *Evidence matters*, cit., 291, in materia di «*more-than-doubled-risk criterion*» (spesso utilizzato come *prova* necessaria e/o sufficiente del nesso causale), che la Corte dimentichi che «*to be admissible, expert testimony has to be good enough to justify putting it before the jury for consideration along with other evidence in the case, not that it be so good that it is sufficient by itself to satisfy the standard of proof*» (enfasi originale).

⁹⁷⁵ CAVALLONE, Bruno, *Istruzione probatoria e preclusioni*, cit., 1040.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, 1039.

⁹⁷⁷ Sul problema del grado di conferma del fatto in ipotesi di prove convergenti, v. TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 256 ss., per il quale i valori dei singoli elementi vanno sommati (*ibid.*, 260; ma per un correttivo che tenga conto del tempo di assunzione, v. *ibid.*, 280), e non moltiplicati, come sarebbe in applicazione del calcolo probabilistico, che postulerebbe la c.d. *product rule*, con la conseguenza che, anche in ipotesi di prove tutte convergenti, ma di valore inferiore a 1 – nella scala da 0 a 1 –, il grado di *warrantability* totale sarebbe minore di ogni singola prova: cfr. CATALANO, Elena M., *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 522; HAACK, Susan, *Legal Probabilism: An Epistemological Dissent*, in ID., *Evidence matters*, cit., 63.

⁹⁷⁸ V., sul punto, HAACK, Susan, *Proving Causation: The Weight of Combined Evidence*, in ID., *Evidence matters*, cit., 208 ss.; ID., *Correlation and Causation: The “Bradford Hill Criteria” in Epidemiological, Legal, and Epistemological Perspective*, *ivi*, 262-263.

in accezione evidentemente positiva – ad uso dei magistrati. Anzi, non sembra eccessivamente azzardato affermare che il catalogo delineato dalla studiosa potrebbe ritenersi una sorta di integrazione di quell’«insieme di nozioni, informazioni, regole, massime, valutazioni, che rappresentano il patrimonio di cultura media che di solito si designa come ‘senso comune’»⁹⁷⁹, il ricorso ai quali sarebbe imprescindibile al fine di «dare fondamento razionale al ragionamento probatorio del giudice senza ricorrere ai criteri della probabilità quantitativa»⁹⁸⁰. Tuttavia, posto che l’indicazione di (quelle che in sostanza sarebbero) massime di comune esperienza – in quanto tali ricavate induttivamente – è quanto di più anti-popperiano si possa pensare⁹⁸¹, e al di là della cautela con cui le stesse sono da utilizzare nel processo (civile⁹⁸² quanto, e forse soprattutto, penale⁹⁸³), anche nel merito la lettura dell’opera suscita più di una perplessità.

Anzitutto, se si può essere d’accordo con l’affermazione dell’Autrice, secondo cui «*even without a single, universal scientific method, there is consensus about certain basic principles*»⁹⁸⁴, nel momento in cui si ritiene (a torto o a ragione, qui non interessa indagare) che fra di essi rientrano il «*probabilistic reasoning*» e la «*testability*»⁹⁸⁵, diventa difficile, alla luce degli studi menzionati *supra*, aver fede – in generale – nella capacità epistemiche di *chiunque* non abbia una formazione specifica e – più in particolare – nell’efficacia del ruolo di *gatekeeper* del giudice. Inoltre, l’impressione che si ricava dalla lettura complessiva di *Evaluating Scientific Evidence* è che si tratti di una sorta di manuale sintetico di metodo

⁹⁷⁹ TARUFFO, Michele, *Funzione della prova*, cit., 573.

⁹⁸⁰ CARRATTA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova*, cit., 94; ma v. già CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 64, testo e nota 37.

⁹⁸¹ Posto il noto rigetto, da parte dell’Autore, della logica induttiva: cfr. POPPER, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*, London-New York, 2005, 3 ss.

⁹⁸² GAMBA, Cinzia, v. *Contraddittorio, Principio del (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016, § 12; TARUFFO, Michele, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 682 ss.; ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., 308 ss. e 397 ss.; VAN ZANDT, David E., *Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions*, in *Tulane L.R.* 1990-1991, 775 ss.

⁹⁸³ FERRAIOLI, Marzia, v. *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, § 8. Non è un caso che Tonini predichi da tempo la necessità di una verifica scientifica *anche* delle massime di esperienza: cfr. TONINI, Paolo, *L’influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, cit., 1232 ss.; ID., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, cit., 1346 ss.; ID., *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 368 ss. Nello stesso senso parrebbe andare TARUFFO, Michele, *Senso comune, esperienza e scienza*, cit., 686.

⁹⁸⁴ BEECHER-MONAS, Erica, *The Heuristics of Intellectual Due Process: A Primer for Triers of Science*, in *NY Un L.R.*, 2000, 1579; il saggio è riprodotto ed ampliato in ID., *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, New York, 2007.

⁹⁸⁵ BEECHER-MONAS, Erica, *The Heuristics of Intellectual Due Process*, cit., 1579.

scientifico per *newbies*, che, quand'anche, in ipotesi, interamente assimilato, rischierebbe di costituire nient'altro che un'accozzaglia di regole teoriche di scarsa utilità pratica (e, talora, anche evidentemente scorrette)⁹⁸⁶. In effetti, se è vero che «[t]he important difference between knowledge and understanding is that knowledge can be piecemeal, can grasp isolated truths one by one, whereas understanding always involves seeing connections and relations between the items known»⁹⁸⁷ e che la conoscenza – come visto⁹⁸⁸ – è alla base dell'*expertise*, ma non la esaurisce, può dubitarsi che, quand'anche il giudice abbia, per esempio, la cognizione che gli studi biologici su soggetti umani sono da preferirsi a quelli su animali⁹⁸⁹, e che nell'ambito di questi ultimi l'ordine di preferenza è scandito dall'«*evolutionary or phylogenetic tree*»⁹⁹⁰, egli sia poi capace (prima) di valutare la rilevanza, e quindi l'ammissibilità, di una ricerca sui rettili rispetto ai fatti implicati in un certo *toxic case* e (poi) trarne le dovute inferenze⁹⁹¹. Per dirla alla Collins e Evans, il rischio è che la conoscenza acquisita sia del tipo «*beer mat/Trivial Pursuit*»⁹⁹².

In aggiunta, se deve darsi atto dell'utilità *teorica* dell'indicazione – che la studiosa invariabilmente fornisce – della posizione di *default* che il giudice dovrebbe assumere riguardo a ciascuna questione, l'intrinseca – e riconosciuta⁹⁹³ – impossibilità di individuare una soluzione come *sempre e sicuramente* corretta o meno fa sì che ogni affermazione faccia (giustamente) salva l'esistenza di evidenze contrarie o di ulteriori argomenti⁹⁹⁴. Con il che,

⁹⁸⁶ Basti un esempio: è vero che «*the language of scientific conclusions poses another problem for judges*», ma, evidentemente, non solo per loro. Infatti, l'affermazione successiva, per cui «[b]ecause the goal of scientists is to exclude false positives [...] scientific conclusions are couched in tentative phrases. "Association" is preferred to "causation." Thus, failing to understand that causation, like other hypotheses, can never be proven true, courts may reject as unreliable even evidence that easily meets scientific criteria for validity» (BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating Scientific Evidence*, cit., 54-55) veicola il messaggio che «*association*» e «*causation*» possano essere ritenuti sinonimi. Invece, «*if X causes Y, then the two are associated (dependent). However, associations can arise between variables in the presence (i.e., X causes Y) and absence (i.e., they have a common cause) of a causal relationship*»: cfr. ALTMAN, Naomi S. - KRZYWINSKI, Martin, *Points of Significance: Association, correlation and causation*, in *Nature Methods*, 2015, 899-900. In altri termini: se vi è causalità, vi è associazione, mentre non è sempre vero il contrario.

⁹⁸⁷ BUMYEAT, Myles F., *Wittgenstein and Augustine De Magistro*. in *Arist. Soc.*, Suppl. Vol., 1987, 20.

⁹⁸⁸ V. *retro*, § 10.

⁹⁸⁹ BEECHER-MONAS, Erica, *The Heuristics of Intellectual Due Process*, cit., 1604 ss.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, 1608.

⁹⁹¹ La stessa Autrice, del resto, riconosce che «[w]ith a few notable exceptions, judges universally have difficulty understanding the persuasive impact of animal studies»: cfr. *ibid.*, 1609.

⁹⁹² COLLINS, Harry - EVANS, Robert, *Rethinking Expertise*, Chicago-London, 2007, 19.

⁹⁹³ Perché «an all-inclusive set of rules that can be applied universally to determine scientific validity is a fantasy»: cfr. BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating Scientific Evidence*, cit., 233.

⁹⁹⁴ BEECHER-MONAS, Erica, *The Heuristics of Intellectual Due Process*, cit. 1604-1626.

si torna al punto di partenza: dinanzi ad opinioni difformi – che nella scienza non mancano, se è vero che «[t]he only overarching ingredient for good science [...] is one that allows science to provide an explanation that is open to critique and revision»⁹⁹⁵ – il giudice resta solo con la sua discrezionalità (o *intime conviction*?). E se quest'ultima già spaventa da sempre anche quando si tratti di interpretare norme, non pare potersi ammettere quando si tratti di ogni *altra* disciplina.

17.2.5 *Il justified belief come epistemic dependence*

La lugubre constatazione risulterebbe tuttavia gratuita, se si concludesse senza indicare almeno una possibile alternativa; e, in vista della costruzione di quest'ultima, pare necessario approfondire il concetto di *epistemic dependence*, inizialmente elaborato da Hardwig. Questi, partendo dalla banale constatazione che, nella vita quotidiana, è comune – se non necessario⁹⁹⁶ – credere in affermazioni di cui non si ha prova, si è chiesto se tale atteggiamento debba classificarsi semplicemente e necessariamente come irrazionale o non sia, piuttosto, concepibile una teoria razionale della dipendenza epistemica.

Il problema si pone, all'evidenza, in ogni campo della vita reale, laddove, più che alla percezione, alla memoria e all'inferenza, «*knowledge and justified belief is acquired from the testimony of others*»⁹⁹⁷; il processo, tuttavia, rappresenta uno dei luoghi maggiormente *testimony-infected*, in quanto «[t]he decision-maker either listens to what others have to say or reads what others have written»⁹⁹⁸. Da un punto di vista epistemico, quindi, l'esperto – indipendentemente dalla ricostruzione giuridica della sua figura (quale *expert witness* o consulente tecnico) – è, anzitutto, un testimone⁹⁹⁹; tant'è che, per Coady,

⁹⁹⁵ BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating Scientific Evidence*, cit., 233.

⁹⁹⁶ Non in senso stretto: «[t]he list of things I believe, though I have no evidence for the truth of them, is, if not infinite, virtually endless. And I am finite. Though I can readily imagine what I would have to do to obtain the evidence that would support any one of my beliefs, I cannot imagine being able to do this for all of my beliefs. I believe too much; there is too much relevant evidence (much of it available only after extensive, specialized training); intellect is too small and life too short»: cfr. HARDWIG, John, *Epistemic Dependence*, in *J. Phil.*, 1985, 335.

⁹⁹⁷ MCMYLER, Benjamin, *Testimony, Trust, and Authority*, New York, 2011, 5.

⁹⁹⁸ HERDY, Rachel, *The epistemic dependence of judicial decision-makers*, in TAEKEMA, Sanne - VAN KLINK, Bart - DE BEEN, Wouter (ed.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Cheltenham, 2016, 83.

⁹⁹⁹ Ovvero «a speaker engaged in the speech act of testifying to the truth of some proposition which is either in dispute or in some way in need of determination»: cfr. COADY, Cecil A.J., *Testimony: A Philosophical Study*, Oxford, 1992, 38.

«the assessment of the expert should proceed in similar manner to the assessment of the lay witness. Inconsistency, over-confidence, vagueness, vested interest, prejudice, previous history of deceit or incompetence, clashing testimony, all have to be taken into account with expert as with lay witnesses »¹⁰⁰⁰; peccato che non tutti i menzionati indicatori siano agevolmente azionabili nei confronti di ciò che non si comprende.

Non a caso, una volta analizzate le possibilità di cui il novizio (B) dispone nell'assessment del parere del esperto (A) – ivi compresa la consultazione di un ulteriore esperto C¹⁰⁰¹ –, Hardwig conclude che «B could believe that p either because B has good reasons to believe that A has good reasons to believe that p, or because B has good reasons to believe that C has good reasons to believe that A has good reasons to believe that p. But, in either case, B cannot have sufficiently good reasons not to believe that p or to believe that not p»¹⁰⁰². In sostanza, talora l'irrazionalità sta nel «think[ing] for one-self»: «rationality sometimes consists in deferring to epistemic authority and, consequently, in passively and uncritically accepting what we are given to believe»¹⁰⁰³. Si tratta, all'evidenza, di una forte presa di posizione, che mette in crisi i paradigmi epistemici tradizionali, a cominciare dall'idea di *epistemic autonomy* – ed il connesso rigetto della *testimony of theoretical authorities* – di matrice illuminista¹⁰⁰⁴: posto, infatti, che, in ambito scientifico, e quindi anche tra esperti, fare affidamento sui risultati di precedenti ricerche è la norma, ne deriva che, salvo a voler ritenere che in nessun campo sia conseguibile la conoscenza, è necessario sostituire «B knows that p» al sintagma «B could believe that p»¹⁰⁰⁵. Allora, o si accetta che un soggetto possa razionalmente *sapere* pur in assenza di una prova diretta della verità

¹⁰⁰⁰ COADY, Cecil A.J., *Testimony*, cit., 297.

¹⁰⁰¹ Che, in tal caso, diventerebbe un *meta-expert*: sul punto v. *infra*, nel testo.

¹⁰⁰² HARDWIG, John, *Epistemic Dependence*, cit., 342.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, 343. Del resto, anche DAMAŠKA, Mirjan R., *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, cit., 128, testo e nota 28, dopo essersi posta la – ormai retorica – domanda «how can our fact-finders, unsure of basic concepts of a discipline, penetrate its complexities, let alone arbitrate disputes between its high priests? Reliance on the demeanour of experts or on their credentials is cognitively suspect, and comes close to leaving the outcome of difficult cases to chance», aggiunge che ciò «does not mean that reliance on means that resemble a coin's toss is in all situations wrong. As Kant argued in his critique of 'pure' reason, the first task of reason is to recognize its own limitations, and draw the boundaries within which it may operate».

¹⁰⁰⁴ MCMYLER, Benjamin, *Testimony, Trust, and Authority*, cit., 11 ss.

¹⁰⁰⁵ HARDWIG, John, *Epistemic Dependence*, cit., 345 ss.

dell'affermazione in cui crede (*rectius*: che conosce), oppure è necessario concludere che alcuni tipi di conoscenza non risiedono in singoli individui, ma in una intera comunità¹⁰⁰⁶.

L'analisi di Hardwig presenta il limite della stessa definizione del proprio oggetto: l'Autore volutamente non tratta del caso di *expert disagreement*, con la conseguenza che un'applicazione pura e semplice della sua teoria risulta praticamente impossibile nel contesto tipico del processo, in cui, di norma, il giudice è esposto a pareri esperti contrapposti¹⁰⁰⁷. In effetti, per lui si tratterebbe di una causa persa: ogniqualevolta non fosse possibile procedere ad un *ranking* degli esperti, infatti, «*the rational layman, recognizing that his own relatively casual and crude inquiry is not competent to resolve issues that even the sustained inquiry of experts cannot resolve, will also recognize that he is confronted with a situation in which he must either suspend belief*»¹⁰⁰⁸, cosa che, ovviamente, al Giudice non è consentito fare, «*or – if this is impossible or undesirable – arrive at belief on some admittedly nonrational basis*»¹⁰⁰⁹. E, in effetti, la lettura degli studi successivi pare dargli ragione.

Ad esempio, nel tentativo di risolvere il *novice/2-expert problem*¹⁰¹⁰ – espressione da lui stesso coniata – Goldman¹⁰¹¹ identifica 5 criteri ad uso del giudice-novizio: ma la capacità dialettica, l'esistenza di *bias* (particolarmente sotto il profilo dell'eventuale interesse a sostenere una determinata teoria) e la valutazione dei successi precedenti dell'esperto si riducono in un'*assessment* della credibilità di quest'ultimo, e non della bontà della metodologia utilizzata e/o delle sue conclusioni; e lo stesso dicasi per l'«*appraisal*[I] by "*meta-experts*" of the experts' expertise». Inoltre, tale ultimo criterio pone il problema dell'identificazione del *meta-expert* – che, a propria volta, potrebbe richiedere il ricorso ad altri esperti, in una regressione infinita¹⁰¹² –, salvo a volersi attestare sulle credenziali; ma, anzitutto, ricordando gli insegnamenti di Shanteau¹⁰¹³, si può dubitare che esse costituiscano

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, 349. Tale argomento sarà ripreso in seguito, al § 24.1.

¹⁰⁰⁷ L'idea di base dell'Autore – ulteriormente sviluppata in HARDWIG, John, *The Role of Trust in Knowledge*, in *J. Phil.*, 1991, 693 ss. – risulterà comunque utile in seguito, nella ricostruzione del modello che si intende proporre: v. *infra*, Capitolo IV.

¹⁰⁰⁸ In questo senso anche FELDMAN, Richard, *Epistemological puzzles about disagreement*, in HETHERINGTON, Stephen (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford, 2006, 216 ss.

¹⁰⁰⁹ HARDWIG, John, *Epistemic Dependence*, cit., 343.

¹⁰¹⁰ GOLDMAN, Alvin I., *Experts: Which Ones Should You Trust?*, in *Phil. Phen. Research*, 2001, 90.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, 85 ss.

¹⁰¹² V., in proposito, le considerazioni di COADY, Cecil A.J., *Testimony*, cit., 281-282.

¹⁰¹³ V. *retro*, § 10.

un indicatore attendibile; in secondo luogo, nulla impone logicamente che un *accredited expert* non abbia errato nel caso di specie. Infine, l'«[a]greement from additional putative experts on one side or other of the subject in question» rischia di ridursi ad un *contare le teste*, una volta risolto – non si sa esattamente in che modo – il problema dell'identificazione della comunità di riferimento: niente di nuovo rispetto al *Frye test*, insomma. Senza contare che, esaurito l'esame dei 5 punti ed, in ipotesi, concluso per la parità di condizioni, si torna al punto di partenza.

Anche Brewer¹⁰¹⁴, prima di risolversi per un nulla di fatto, si interroga sulla possibilità, per l'inesperto, di utilizzare metodi indiretti di valutazione del parere del tecnico, alcune delle quali (ricorso al meta-esperto, alle credenziali e al comportamento in udienza) comuni a quelle analizzate da Goldman: quanto alle restanti, una volta escluso, per definizione, che il giudice possa esercitare un effettivo *substantial second guessing*, non restano che i (comuni) canoni della razionalità. Ma questi ultimi, se consentono di intercettare errori grossolani – come delle evidenti contraddizioni nell'ambito della deposizione complessiva¹⁰¹⁵ – si scontrano, come sempre, con la limitata capacità di comprensione della materia da parte del decisore, che gli impedisce di penetrare davvero la logica che sottende (o forse no) la teoria oggetto di valutazione.

In realtà, non può escludersi che *un determinato giudice* – per formazione pregressa, interesse personale, particolare propensione al ragionamento matematico/statistico – sia concretamente in grado di penetrare alcuni tipi di *expertise* extragiuridica; inoltre, tutti i criteri identificati sembrano suscettibili di essere di *qualche* aiuto in alcune occasioni. Il problema, tuttavia, è che la mancanza di direttive generali – che siano (comprensibili e) astrattamente applicabili da qualunque decisore pubblico *in quanto tale*, e non *in quanto*

¹⁰¹⁴ BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, cit., 1616 ss.

¹⁰¹⁵ In questo senso sembrano muoversi DE STEFANO, Francesco - BONSIGNORE, Alessandro - VIAZZI, Claudio, *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 290, laddove affermano la necessità di «ridimensionare la portata dell'antico broccardo “*iudex peritorum*”, non inseguendo modelli irrealistici di giudice superperito ma richiedendo ad ogni giudice molto di meno, vale a dire l'esercizio di quella professionalità indispensabile che consiste nel saper apprezzare in ogni elaborato peritale la sua intrinseca logicità, completezza, consequenzialità, consistenza dei riferimenti bibliografici citati, non apoditticità dei percorsi argomentativi utilizzati. Un controllo, vale a dire, più estrinseco, ma comunque rigoroso e puntuale, dovuto appunto al fatto che è l'esperto che porta “dentro al processo” il suo sapere specialistico che è proprio quello che il giudice ignora».

particolarmente dotato – lascia immaginare che, allo stato¹⁰¹⁶, in una (buona) parte dei casi il giudizio sul fatto tecnico-scientifico sia sostanzialmente arbitrario. Di qui, il dubbio se l'ordinamento giuridico possa tollerare un simile stato di fatto.

17.2.6 Intellectual due process e idoneità del giudice

Con riferimento al sistema statunitense, la risposta appare negativa: pur in assenza di una previsione espressa, infatti, sembra da accogliere la ricostruzione di Brewer, che ha ricavato la nozione di *intellectual due process*, in base alla quale «*certain rule-of-law values require epistemic nonarbitrariness in factfinding reasoning, as in other types of reasoning. Thus, if the nonexpert cannot acquire scientific beliefs from competing experts in a way that is nonarbitrary, from an epistemic point of view, those beliefs will therefore not be legitimate from the practical legal point of view*»¹⁰¹⁷.

L'esistenza ed il riconoscimento di un simile principio può, peraltro, desumersi proprio dagli sviluppi in materia di *complexity exception*¹⁰¹⁸: nel caso *In re Japanese*¹⁰¹⁹, infatti, la Corte d'appello del *Third Circuit* ha affermato che «*[a] suit is too complex for a jury when circumstances render the jury unable to decide in a proper manner. The law presumes that a jury will find facts and reach a verdict by rational means. It does not contemplate scientific precision but does contemplate a resolution of each issue on the basis of a fair and reasonable assessment of the evidence and a fair and reasonable application of the relevant legal rules. A suit might be excessively complex as a result of any set of circumstances which singly or in combination render a jury unable to decide in the foregoing rational manner*», tra l'altro, quando la controversia coinvolga «*conceptually difficult factual issues*»¹⁰²⁰, per concludere che «*due process precludes trial by jury when a jury is unable to perform this task with a reasonable understanding of the evidence and the legal rules*»¹⁰²¹. Ma se la *complexity* trasforma il diritto alla giuria in un impedimento allo stesso

¹⁰¹⁶ In prosieguo (v. *infra*, Capitolo IV), sarà possibile proporre un diverso modello di giudice, che tenga conto (anche) della circostanza che, talora, l'*epistemic deference* è la scelta più sensata; ma, non potendo quest'ultima essere totalmente cieca, come sarebbe a situazione immutata, la proposta deve necessariamente collocarsi nell'ambito di una più ampia prospettiva di revisione delle categorie attuali.

¹⁰¹⁷ BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, cit., 1672.

¹⁰¹⁸ V. *retro*, §§ 17.1.2 e 17.1.3.

¹⁰¹⁹ *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation* 631 F.2d 1069 (3d Cir. 1980).

¹⁰²⁰ *Ibid.*, 1079.

¹⁰²¹ *Ibid.*, 1084.

diritto al giusto processo, l'alternativa – il *non-jury trial* –, alla luce di quanto si è detto sin qui, evidentemente non offre garanzie maggiori di legittimazione epistemica.

E lo stesso può dirsi per la maggioranza dei sistemi *civilian*, italiano e francese compresi, dove il *non-jury trial* è la norma, ma pure la necessità di una competenza epistemica del giudice può farsi discendere dal sistema costituzionale: una volta riconosciuta l'importanza, spesso finanche prevalente, della comprensione del fatto rispetto a quella che – allora – finisce per essere la relativamente semplice applicazione della legge, quanto si è già osservato¹⁰²² in relazione al dovere dello Stato di garantire che un *giudice idoneo* non vale solo in relazione alla preparazione (ed, eventualmente, alla specializzazione) giuridica. Del resto, come nota Lombardi, se è vero che dalla lettura combinata degli artt. 3 e 24 Cost. si trae il riconoscimento «ai soggetti dell'ordinamento [del]la medesima possibilità di far valere le proprie situazioni di vantaggio», sicché la garanzia del principio di uguaglianza «non può [...] essere interpretata nel limitato senso di riconoscere la possibilità di far ricorso a modelli procedimentali differenziati [...] dinanzi allo stesso giudice», deve anche ritenersi che «[r]iconoscere lo stesso grado di tutela a tutte le situazioni giuridicamente rilevanti significa assicurare che esse siano sottoposte al vaglio di un organo giuridicamente idoneo, e cioè non tanto in possesso di conoscenze tecnico giuridiche quanto di conoscenze od esperienze pertinenti al tipo di giudizio da effettuare»¹⁰²³.

Peraltro, se già il principio di idoneità – quale parallelo dell'*intellectual due process* – trasporta il discorso dal campo filosofico a quello costituzionale, esistono ulteriori ragioni per dubitare che lo stato della disciplina attuale nei due Paesi oggetto di studio risulti costituzionalmente tollerabile.

¹⁰²² V. *retro*, § 12.1.1.

¹⁰²³ LOMBARDI, Rita, “*Autorità garanti*” e *funzione giurisdizionale*, cit., 98: il riferimento dell'Autrice è qui alle Autorità garanti, ma non sembra che il discorso debba ritenersi limitato all'alternativa bloccata tra «la previsione di procedimenti differenziati dinanzi ad appositi organismi» e «l'impiego del processo dinanzi al giudice “tradizionale”».

17.3 La prospettiva giuridica: la legittimazione al giudizio sul fatto e il rapporto giudice-esperto

I risultati della psicologia, nel ridimensionare il mito del giudice-giurista come cognitivamente superiore all'uomo comune, permettono, nella maggioranza dei casi, finanche di giustificare giuridicamente la riunione del giudizio di diritto e di quello sul fatto nella stessa persona. Infatti, mentre nei sistemi con giuria, quest'ultima è rappresentativa del popolo, che, per questa via, *giudica direttamente*, e mentre – *jury trial* o meno – ogniqualvolta il giudice sia eletto, esso è *per ciò solo* titolato a giudicare *tout court*, negli ordinamenti che, come l'Italia e la Francia, prevedono (in linea di massima) un reclutamento per concorso, la legittimazione del giudice è sostanzialmente tecnocratica, e dunque investe *solo* la sua preparazione giuridica. Tuttavia, nella misura in cui il giudizio sul fatto rientri nelle capacità epistemiche medie ordinarie di ogni individuo, tale requisito basta: anzi, il magistrato, dinanzi all'evidenza storica, è ancor più rappresentativo del popolo in quanto ne condivide le caratteristiche normali – *biases* compresi –, sicché la sua valutazione riflette il sentire comune. È per questo che, *in linea di principio*, sembra potersi concordare con Maggiore¹⁰²⁴, che all'idea, manifestata dalla relazione del Guardasigilli al r.d. 28 marzo 1931, n. 249, secondo la quale il sistema dell'assessorato avrebbe consentito di assicurare l'integrazione del «giudizio del magistrato con elementi esperti della vita e dei sentimenti del popolo» – e dunque, dichiaratamente, «un contributo [non] giudico [...] ma [...] psicologico ed etico, per ottenere una valutazione di fatto dedotto in giudizio e della personalità dell'imputato, il più possibile consona» a tali opinioni e sentimenti –, ironizzava sull'utilizzo del termine «esperti», «[c]ome se l'esperienza nel giudicare fosse una prerogativa di tutti, meno che del magistrato togato. Forse che il giudice tecnico, sotto la toga, non ha la sensibilità, la morale, l'educazione e la cultura di qualsiasi altro cittadino? Forse che il giudice laico è più padre di famiglia, più buon marito, più onest'uomo, in una parola più “vissuto” del magistrato-funzionario?». E, del resto, non sembra un caso che studi empirici abbiano dimostrato una globale coincidenza di segno nelle valutazioni del giudice e della giuria¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ MAGGIORE, Giuseppe, *Il nostro Referendum sulla nuova Corte d'Assise*, in *Il pensiero giuridico penale*, 1938, 159.

¹⁰²⁵ Ad esempio, i dati raccolti da KALVEN, Harry Jr. - ZEISEL, Hans, *The American Jury*, Boston, 1966 – a mezzo intervista dei *presiding judges* di oltre 4000 processi con giuria – mostrano un tasso di conferma del 78%.

Ma lo stesso Autore circoscrive i propri rilievi al giudizio penale – stimando «assurdo andare cercando una particolare esperienza (che viceversa sarebbe poi l’esperienza dell’uomo della strada) quando si tratti di giudicare di omicidi, rapine, sequestri, violenze carnali *et similia* nelle quali è ingiurioso pensare che il magistrato manchi di quel patrimonio di cognizioni psicologiche e morali di cui *dispone* il modesto maestro di scuola, il capostazione ferroviario o il ricevitore del banco-lotto. È due volte assurdo poi presumere che il signor *quisque de populo* possa giudicare, meglio del funzionario, della “personalità del delinquente” oggi posta in prima linea dalla scienza del diritto criminale e dai canoni codificati nel nuovo diritto» – e mostra, invece, di «capi[re] gli esperti in quelle forme di ordinamenti giurisdizionali, come la magistratura del lavoro, dove veramente si esigono delle cognizioni tecniche di industria, commerci, banche, agricoltura ecc. che possono far difetto nel semplice giurisperito»¹⁰²⁶. Infatti, il magistrato togato non essendo più medico (o astrofisico, o quel che sia) del giurato ingegnere o imbianchino, nulla assicura che la duplice, uniforme valutazione del *fatto tecnico* sia anche quella che avrebbe reso un esperto, posto dinanzi allo stesso materiale. Anzi: «finché si tratta di esperienza comune, è probabile che il giudice la possieda; ma quando si tratta di esperienza tecnica (non comune) la probabilità è nel senso inverso, tanto più che ordinariamente la sua preparazione è tutta o quasi esaurita nel campo giuridico»¹⁰²⁷.

Certo, tale circostanza potrebbe – paradossalmente – costituire la giustificazione della supremazia valutativa del giudice, e quindi della sua legittimazione al giudizio sul fatto tecnico, essendosi già argomentato che quello che deve effettuare il giudice è «lo stesso controllo che può esercitare la collettività, della quale il giudice è l’esponente e l’interprete. Si spiega così perché non si possa chiedere al giudice di possedere una scienza superiore a quella del perito, e quindi di rifare per proprio conto le valutazioni dal medesimo compiute, ma gli si debba chiedere di controllare il grado di accettabilità, sul piano della coscienza comune, dei nuovi metodi scientifici, ovvero la razionalità del procedimento seguito dal perito»¹⁰²⁸.

¹⁰²⁶ Cfr. MAGGIORE, Giuseppe, *Il nostro Referendum sulla nuova Corte d’Assise*, cit., 159; più diffusamente, sul dibattito intorno al *restyling* della Corte d’assise nel periodo fascista, si veda PISANI, Mario, *La Corte d’assise degli anni ’30*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1424 ss.

¹⁰²⁷ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 74.

¹⁰²⁸ DENTI, Vittorio, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., 434.

Ma l'idea della rappresentatività del giudice sostenuta da Maggiore e da Denti, se mai lo è stata, non pare più attuale: tra la progressiva diversificazione della popolazione¹⁰²⁹ e la rilevata, e opposta, tendenziale omogeneizzazione del *magistrato tipo* – che si è visto rispondere a determinate caratteristiche socio-economiche¹⁰³⁰ –, il crescente divario tra quest'ultimo e il resto del «popolo» non pone solo problemi di legittimazione *tout court* (tant'è che in Francia resta sempre attuale il dibattito sull'elezione dei giudici¹⁰³¹), ma è suscettibile di ripercuotersi concretamente sul segno della decisione: per citare un caso eclatante, basti pensare alla recentissima *Stocker v Stocker*¹⁰³², in cui si è dovuto attendere 5 anni e due gradi di giudizio e scomodare la *Supreme Court* inglese, affinché quest'ultima chiarisse che – ai fini della diffamazione – il significato di un *post* su *facebook* non va inteso alla luce delle definizioni dei dizionari, ma dell'interpretazione della gente comune¹⁰³³.

Venendo, dunque, a mancare quella corrispondenza tra giudice (nella sua dimensione personale) e cittadino – sicché «[i]n società strutturalmente multiculturali il rinvio al senso comune rischia di apparire completamente "vuoto", o di servire da copertura a scelte compiute in modo del tutto soggettivo da chi prende decisioni»¹⁰³⁴ – ed esaurendosi la legittimazione tecnocratica dell'organo decidente al giudizio giuridico, sembra potersi seriamente dubitare che quella al giudizio sul fatto tecnico-scientifico possa ritenersi fondata sulla (più o meno) *condivisa ignoranza*.

Peraltro, a monte del problema della valutazione, nei sistemi *civilian* tendenzialmente si riscontrano ulteriori difficoltà, tutte legate all'idea – espressa o meno che sia – del *iudex peritus peritorum*.

In effetti, la qualificazione dell'esperto quale testimone – sia o non sia una conseguenza della derivazione del sistema di *common law* dall'ordine isonomico medioevale – e, quindi, la sostanziale considerazione del suo apporto come prova *tout court* rende almeno comprensibile (sebbene non condivisibile) l'idea che esso debba essere soggetto al

¹⁰²⁹ TARUFFO, Michele, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., 678 ss.

¹⁰³⁰ V. *retro*, § 12.2.

¹⁰³¹ V. i contributi raccolti in KRYNEN, Jacques - RAIBAUT, Jacques, *La Légitimité des Juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, 2004.

¹⁰³² *Stocker v Stocker* [2019] UKSC 17.

¹⁰³³ E vien quasi da dubitare dell'opportunità della previsione della s. 11 *Defamation Act* 2013, che vuole il «[t]rial to be without a jury unless the court orders otherwise».

¹⁰³⁴ TARUFFO, Michele, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., 679.

potere di valutazione del giudice, giurista o laico che sia; viceversa, l'annosa disputa intorno alla natura del consulente e della consulenza – tra prova e giudizio, che ha a lungo oscurato la sua natura procedimentale¹⁰³⁵ – avrebbe dovuto rendere meno scontata, nel Continente¹⁰³⁶, l'affermazione del principio *iudex peritus peritorum*¹⁰³⁷. Tuttavia, hanno qui giocato, da un lato, la concezione di ausiliario del giudice e, dall'altro, la costruzione sociologica dell'immagine di quest'ultimo.

Infatti, dal primo punto di vista, se il tecnico rappresenta un accessorio di un organismo principale (si tratti dell'«occhiale»¹⁰³⁸ o della «*béquille*»¹⁰³⁹), sembra anche piuttosto logico che sia il corpo cui afferisce lo strumento a scegliere se e quando dotarsene e/o dismetterlo. Ecco, allora, che si spiega la ragione per cui nella piena discrezionalità dell'organo decidente risieda ogni scelta relativa all'intervento dell'esperto: dalla valutazione dell'*an* del suo coinvolgimento alla determinazione del grado di adesione da prestare alle sue conclusioni, passando per la scelta delle qualifiche dell'esperto e della sua persona e per la delimitazione dell'oggetto della sua indagine.

¹⁰³⁵ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., *passim*. Il riconoscimento della natura procedimentale della consulenza tecnica assumerà un ruolo centrale ai fini del modello di giudice che si proporrà al Capitolo IV, cui si rinvia per un approfondimento della questione.

¹⁰³⁶ Con l'eccezione della Spagna, che invece qualifica la consulenza come mezzo di prova: cfr. COMOGLIO, Luigi P., *L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica*, cit., 1164, testo e nota 82.

¹⁰³⁷ Discorso diverso deve, ancora una volta, condursi per il processo penale, essendosi già rivelata autoevidente la diversa sensibilità della dottrina e della giurisprudenza in materia; in particolare, gli ultimi sviluppi evidenziano un'ulteriore divaricazione della prospettiva, rispetto a quella civilistica.

Infatti, se già Cass. pen., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175 (Montefiore-bis), in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 162, con nota di TORDINI CAGLI, Silvia, *Morti d'amianto: la Cassazione ancora una volta annulla con rinvio le condanne inflitte in secondo grado*, aveva riconosciuto che «il giudice è portatore di una "legittima ignoranza" a riguardo delle conoscenze scientifiche», così sostanzialmente smentendo il significato primigenio del brocardo (ma non era la prima volta: v. BASILE, Fabio, *L'utilizzo di conoscenze scientifiche nel processo penale, tra junk science e "legittima ignoranza" del giudice*, in *St. Iuris*, 2018, 172 ss.), con la recentissima Cass. pen., Sez. un., 2 aprile 2019, n. 14426, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 822 ss., con nota di BONZANO, Carlo, *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia*, la Cassazione – superando l'indirizzo ancora poco fa riaffermato: cfr. Cass. pen., Sez. un., 23 marzo 2017, n. 39746, in *Giur. it.*, 2018, 2267 ss., con nota di FORTE, Luca, *Il ruolo della perizia nel processo penale tra neutralità della prova e prova decisiva: una difficile collocazione* – ha ritenuto la perizia «prova dichiarativa» ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., così portando all'estremo svolgimento quella fede nel contraddittorio che – come si è già visto *retro*, § 17.2.4 – se non è certo del tutto mal posta, appare (con riferimento alla prova tecnico-scientifica e allo stato della disciplina positiva) eccessiva.

¹⁰³⁸ CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, 167.

¹⁰³⁹ DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, 2007, 40.

Prima di esporre nel dettaglio le ragioni per cui ciascuna di tali potestà appare contestabile, e venendo al secondo aspetto del problema, va rilevato che la tratteggiata definizione dei ruoli, agli occhi del sociologo, non appare necessitata, quanto frutto di una «*vision sacralisée du droit, de l'institution judiciaire et de ses praticiens*». In sostanza, «*[s]euls, les juristes maîtrisent cet art indéfinissable qu'est l'art juridique, seuls les magistrats entretiennent "un lien insondable avec la souveraineté"*»; al contrario, «*[l]'homme de l'art, personnage profane immiscé dans le sanctuaire de la Justice, ne saurait déborder le cadre fixé par le magistrat sans risquer d'"altér[er] la pureté de la fonction juridictionnelle"*»¹⁰⁴⁰. Una simile mitizzazione, se può già in linea di principio ricondursi alla segnalata, progressiva costruzione della figura del giudice-giurista come l'unica valida, trova ulteriore spiegazione, secondo Dumoulin¹⁰⁴¹, nella trasposizione del decisionismo di Weber, il quale, pur ammettendo la necessità di una divisione del lavoro tra politico ed esperto, riteneva che il giudizio del primo dovesse sempre prevalere su quello del secondo: in sostanza, il politico, che debba assumere una determinazione su materie che esulano dal proprio bagaglio di conoscenza, deve informarsi e, per farlo, richiedere l'aiuto di chi, invece, di tali settori sia un conoscitore; dopodiché, però, può anche disattendere completamente il parere ricevuto, sulla base delle considerazioni ulteriori che muovono il suo operare.

Un pensiero simile, del resto, si ritrova anche in Biondi, che, pur intitolando il proprio studio alla «perizia giuridica», ritiene tale termine improprio: infatti, a suo avviso, «*[l]a perizia*» *in generale* «contiene una regola o più regole che il perito *propone* al giudice, che può accettarle o non accettarle. Se la norma fornita dal perito fosse una norma giuridica, cioè sottratta al libero apprezzamento del giudice, questo sistema sarebbe inammissibile. Poiché il problema della ricerca della regola è solo quello di trovare l'organo *più idoneo* a compiere le operazioni *obiettive* di ricerca, ed una volta stabilito che questo organo non è il giudice, all'organo prescelto (in base ad un criterio di maggiore idoneità) dovrebbe insindacabilmente spettare la fissazione definitiva della regola; e sarebbe perfettamente assurdo il sistema adottato dalla legge di sottoporre al sindacato definitivo dell'organo *meno idoneo* l'operato dell'organo *più idoneo*. Se così non è, vuol dire che la ricerca della regola importa valutazioni *subiettive* (perlomeno rispetto alla legge e nei limiti del "fine da raggiungere") che saranno tantopiù conformi all'interesse pubblico in quanto risultino dalla collaborazione

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, 48.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, 50.

di organi, spettando la decisione definitiva a quello più idoneo a riassumere sotto le esigenze generali della decisione le esigenze specifiche corrispondenti a quel punto della decisione per cui il perito è chiamato a portare la regola. E se da un lato la necessità di queste valutazioni subiettive caratterizza nettamente la attività (sostanzialmente) discrezionale, dall'altro è perfettamente logico che l'ultima parola spetti al giudice, il quale dovendo portare intiera la decisione, ne ha la responsabilità, e conosce meglio del tecnico le esigenze generali a cui le particolari si devono coordinare nel rapporto di mezzo a fine»¹⁰⁴².

Ma il parallelo weberiano, se certo appare rispondere al disegno del diritto positivo e, comunque, «vivente»¹⁰⁴³, si espone ad una duplice critica; anzitutto, possono qui richiamarsi i rilievi già espressi sull'inopportunità di un'equiparazione pura e semplice tra la funzione politica in senso stretto e quella *comunque* svolta dal giudice¹⁰⁴⁴. Inoltre, già con riferimento alla prima, non pare vi sia bisogno di passare per una critica del pensiero di Weber o di richiamare l'opposta esaltazione della tecnocrazia di Comte, per concordare con il buon senso di Gramsci, laddove scriveva che «il dirigente deve avere quel minimo di coltura generale tecnica che gli permetta, se non di “creare” autonomamente la soluzione giusta, di saper giudicare tra le soluzioni prospettate dagli esperti e scegliere quindi quella giusta dal punto di vista “sintetico” della tecnica politica»¹⁰⁴⁵. Ma, se questo è vero, e se è lecito attendersi, da un certo Ministro o dirigente, che egli abbia una conoscenza tecnica sufficiente a consentirgli di decidere – quand'anche la scelta dovesse poi cadere su una soluzione *sub*-ottimale dal punto di vista della razionalità scientifica, in quanto compiuta in base a valutazioni che tengano conto di argomenti ulteriori, ma pur sempre – con cognizione

¹⁰⁴² BIONDI, Pompeo, *La perizia giuridica*, cit., 13-14.

¹⁰⁴³ Inteso alla maniera in cui lo concepiscono le Corti supreme – e, dunque, quale frutto delle loro stesse affermazioni di principio – e non come realtà effettuale: come nota DUMOULIN, Laurence, *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, in *Dr. soc.*, 2000, 202, «*les textes normatifs encadrent étroitement les conditions de réalisation de l'expertise, placent l'expert dans un rapport de subordination au magistrat et promeuvent l'instrumentalisation de la parole expertale*». Ma, «*si le droit a le pouvoir d'énoncer ce qui doit être, il ne peut contraindre complètement le réel*». Così, della teoria delle pronunce di legittimità e delle *prassi* quotidiane si darà conto nelle pagine successive.

¹⁰⁴⁴ Del resto, gli stessi Autori che la ammettono avvertono che «[a]l giudice compete un tipo di politica, che è costitutivamente diverso da quello proprio del potere legislativo ed esecutivo», e che, viceversa, «[s]e il giudice pretendesse di fare politica nel senso del potere legislativo [...] otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo “politico” proprio del giudice. [...] La dilatazione della “supplenza” della magistratura si risolverebbe in una anarchia istituzionale con inaccettabili situazioni conflittuali»: cfr. GIULIANI, Alessandro - PICARDI, Nicola, *Professionalità e responsabilità del giudice*, cit., 294-295.

¹⁰⁴⁵ GRAMSCI, Antonio, *Quaderno 12: appunti e note sparse per un gruppo di saggi sulla storia degli intellettuali*, §1, in *Quaderni del carcere*, ed. critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, 1975-2014, vol. III, 1532.

di causa, lo stesso non può *praticamente* richiedersi al giudice. Non solo, allo stato attuale, egli non è formato né selezionato sulla base di conoscenze diverse da quelle strettamente giuridiche; ma neppure potrebbe immaginarsi una sua specializzazione successiva, che risulterebbe – da un lato – problematica da assicurare e – dall’altro – di scarsa utilità, stanti le regole in materia di rotazione. Queste ultime, poi, implicando la necessità quasi matematica di un mutamento di funzioni – salvo che il magistrato, al fine di conservare quelle attuali, non sia disposto a spostarsi geograficamente, onde mutare ufficio –, rendono impraticabile anche l’idea della creazione di percorsi differenziati per il reclutamento (in ipotesi basati su programmi di formazione parzialmente diversi da quelli del giudice «comune», o comunque su di un iter di *appointment* che valorizzi la eventualmente già maturata esperienza in determinati settori).

In sostanza, è ad un soggetto non istituzionalmente dotato di capacità tecnico/scientifiche, e dal quale non è esigibile che se le procuri *aliunde*, che viene lasciata la decisione in relazione a quattro dei cinque momenti fondamentali del ricorso ai saperi esperti; laddove l’unico *quasi* interamente rimesso, nel suo svolgimento, al consulente, si rivela lacunoso nella garanzia del contraddittorio, che pure si è visto essere considerato come *la* tecnica necessaria al giudizio sulla scienza.

17.3.1 L’an della consulenza

Un recente studio condotto a livello europeo mostra che, al di là delle (spesso enormi) differenze tra Stato e Stato in materia di consulenza tecnica, un dato si presenta costante: «[r]egardless of the type of system (accusatory or inquisitorial), the decision to have recourse to an expert report is in the hands of the court, or at least (as in the United Kingdom) if proposed by one party it must be accepted or validated by the judge even though in this case the expert will be the party's and not the court's expert»¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES. POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. LEGAL AFFAIRS, *Civil law expert reports in the EU: national rules and practices. In-depth analysis for the JURI Committee*, 2015, <http://www.europarl.europa.eu> (ultimo accesso: 29.05.19), 19. Solo in Svezia «*the decision to have recourse to an expert report completely out of the judge's control*». Cfr. Anche EUROPEAN EXPERTISE AND EXPERT INSTITUTE (EEEI), “EUREXPERTISE” PROJECT. *The future of civil legal expert examination in the European Union. Overview and convergence: 27 countries of the EU and Norway. Final Report*, 2012, su <https://experts-institute.eu> (ultimo accesso: 16.06.19), 16.

Di seguito i due rapporti saranno rispettivamente indicati come *Civil law expert reports 2015* e “EUREXPERTISE PROJECT” Report 2012.

Del resto, se tale carattere si riscontra già in diritto romano¹⁰⁴⁷, è almeno dai tempi di Stein che il brocardo *iudex peritus peritorum* viene interpretato nel senso di investire anche l'*an* del ricorso allo strumento peritale¹⁰⁴⁸; e, quanto al processo civile¹⁰⁴⁹ tanto italiano, quanto francese, la stessa lettera della legge parrebbe deporre in questo senso: l'art. 61 c.p.c. afferma che «il giudice *può* farsi assistere [...] da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica»; similmente, l'art. 232 CPC semplicemente *facultizza* il giudice a «*commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait*». Ma, anche argomentando dal criterio (che, almeno nelle intenzioni¹⁰⁵⁰, si direbbe) oggettivo utilizzato da entrambe le norme – la necessarietà, nel primo caso; il fatto che la questione «*requiert les lumières d'un technicien*», nel secondo –, riletto alla luce delle considerazioni svolte sin qui, tale ricostruzione sembra doversi rigettare; anzitutto, in quanto contraria al principio di uguaglianza.

Infatti, posto che della piena fungibilità del giudice è possibile dubitare finanche con riferimento alle conoscenze giuridiche¹⁰⁵¹ – rispetto alle quali, però, è *almeno* posto un meccanismo di verifica delle capacità tendenzialmente uniforme –, le perplessità aumentano esponenzialmente quando si tratti di saperi specialistici diversi. Allora, se è vero che, come più volte ribadito, non è possibile escludere che lo *specifico giudice* incaricato della controversia possieda – accidentalmente – le capacità per comprendere i fatti tecnici che vengono in rilievo nel caso sottoposto alla sua cognizione, non è accettabile che

¹⁰⁴⁷ Cfr. AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 20.

¹⁰⁴⁸ In Italia, con il beneplacito della giurisprudenza della Cassazione, che, nel qualificare quella del giudice come una scelta discrezionale, escludeva (e spesso tuttora esclude) di estendere ad essa il sindacato di legittimità: v., in proposito, le critiche di ZACCARIA, Giacomo, *La professionalità del consulente: una scelta del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 699 ss.

¹⁰⁴⁹ Viceversa, mentre l'art. 314 c.p.p. del 1930 pure riferiva al giudice il verbo «può», l'attuale art. 220, comma 1°, c.p.p., prevede che «[l]a perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche»; dal che la dottrina desume il carattere obbligatorio della perizia, in presenza dei presupposti: v. MOSCARINI Paolo, *Lo statuto della "prova scientifica" nel processo penale*, cit., 652, testo e note 18-19, ove ulteriori riferimenti; RENZETTI, Silvia, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 405.

È ovvio, peraltro, che la diversità del dato testuale perde molta della propria rilevanza nel momento in cui – com'è inevitabile che sia – l'apprezzamento dei summenzionati presupposti (ma anche della «necessità» nel processo civile: cfr. DI BENEDETTO, Carmine, «*Giudizi tecnici*» e ruolo dei consulenti secondo la Cassazione, in *Dir. ind.*, 2017, 379, testo e nota 19) resta comunque rimesso al giudice.

¹⁰⁵⁰ V. nota precedente.

¹⁰⁵¹ V. *retro*, Capitolo II.

l'ordinamento rimetta all'autovalutazione del magistrato – che nulla assicura non sia viziata da *overconfidence bias* – l'opzione tra l'utilizzo della sua scienza privata o il ricorso all'*expertise* di un soggetto esterno¹⁰⁵².

Pertanto, nonostante sia stato convincentemente argomentato che il ricorso al CTU è *materialmente* necessario solo quando si tratti di utilizzare strumenti non ordinari e non in dotazione dell'ufficio¹⁰⁵³ e che, in ogni caso, il rispetto del contraddittorio ben potrebbe trovare sufficiente garanzia mediante la nomina di un consulente di parte¹⁰⁵⁴, la conseguenza che se n'è tratta – ovvero che, in linea generale, non vi sarebbero ostacoli ad ammettere che il vero *discrimen* tra l'utilizzo della scienza privata del giudice ed il ricorso alla consulenza dovrebbe risiedere nel «bagaglio attitudinale/conoscitivo/operativo» del primo, e non in quello «dell'uomo medio»¹⁰⁵⁵ – pare trascurare il rilievo che, così ragionando, si finisce per ammettere che l'apprezzamento di questioni (tecniche) uguali sia compiuto da un esperto o da (quello che ben potrebbe essere) un semplice *amateur* poco dotato di modestia, in base ad una valutazione puramente soggettiva del giudice quanto alle proprie doti personali.

¹⁰⁵² E invece, è quanto ha sostanzialmente affermato, con affermazione purtroppo suscettibile di generalizzazione, Cass. Sez. I., 26 maggio 2016, n. 10937, in *Dir. ind.*, 2017, con nota (critica sul punto) di DI BENEDETTO, Carmine, “*Giudizi tecnici*”, cit.: per la Corte, «[i]l giudizio di autenticità di un'opera d'arte è un tipico giudizio tecnico, che solo uno specialista è in grado di compiere, onde legittimamente il giudice — *salvo il caso in cui sia egli stesso, in ipotesi, intenditore d'arte, o meglio particolarmente addottrinato su quel particolare artista e periodo storico, oltre che dotato degli strumenti tecnici di indagine* — si affida per il relativo accertamento al parere di un esperto» (enfasi aggiunta).

Pare interessante notare, peraltro, che, mentre, a dispetto dell'affermata libertà del giudice di determinarsi sull'ammissione o meno della consulenza, la giurisprudenza di legittimità italiana richiede, per il caso di rigetto, una motivazione rafforzata – che «d[ia] conto, in modo adeguato e non contraddittorio, della possibilità per il giudice di risolvere i problemi tecnici sottesi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione (9), o della superfluità del mezzo o dell'eshaustività delle prove già acquisite»: cfr. MAMBRIANI, Angelo, *Appunti in tema di consulenza tecnica nel processo civile. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 565 –, come fa, in Francia, l'art. 165, *alinéa* 2, CPP, viceversa, l'art. 272, *alinéa* 1, CPC sintomaticamente prevede la possibilità di appello solo avverso l'ordinanza ammissiva dell'*expertise*. E, se è vero che la *Cour de cassation* ha esteso il proprio sindacato anche al rifiuto, essa – in entrambi i casi – si accontenta di una motivazione puramente formale: cfr. LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert*, cit., 280, n°366.

¹⁰⁵³ FORNACIARI, Michele, *Consulenza tecnica, capacità/conoscenze dell'uomo medio e capacità/conoscenze del giudice*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 184-185.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, 186 ss. Similmente, BOVE, Mauro, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1437, nota 20.

¹⁰⁵⁵ FORNACIARI, Michele, *Consulenza tecnica*, cit., 188 ss. e BOVE, Mauro, *Il sapere tecnico nel processo civile*, cit., 1437, testo e nota 20. Nello stesso senso, v., di recente, Cass. civ., sez. II, 21 dicembre 2017, n. 30733, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Consulente tecnico*, n. 26, secondo la quale «il giudice di merito, per la soluzione di questioni di natura tecnica o scientifica, non ha alcun obbligo di nominare un consulente d'ufficio, ma può ben fare ricorso alle conoscenze specialistiche che abbia acquisito direttamente attraverso studi o ricerche personali».

In sostanza, e per riprendere l'esempio di Fornaciari, il giudice esperto di alpinismo agisce «non quale privato cittadino, bensì nel suo ruolo ufficiale» non solo quando si tratti di usare per l'esperimento giudiziale una certa attrezzatura¹⁰⁵⁶, ma anche quando sia necessario (meramente) valutare, ad esempio, la conformità di un certo atto alle tecniche di sicurezza in materia. E, «nel suo ruolo ufficiale», per tutto quanto non sia stato testato in sede concorsuale, egli va *considerato* – quale che sia il grado di rispondenza di tale valutazione alla realtà – un «apprendista stregone»¹⁰⁵⁷. Di conseguenza, deve concludersi che «ogni qual volta il giudice debba compiere una valutazione tecnica di un elemento di prova, egli sia tenuto a disporre la consulenza tecnica, affinché le leggi scientifiche di cui è necessario servirsi non siano imposte dall'alto dal giudicante, ma siano individuate, verificate e applicate nell'ambito della dialettica processuale, con il contributo delle parti e dei loro consulenti»¹⁰⁵⁸.

Né il ragionamento muta all'aumentare dell'esperienza del magistrato stesso; ad esempio, si è detto che «*we should not exaggerate the distance the expert occupies from at least some of the officials of the court. Judges and lawyers used to a particular line of investigation will develop by experience a good deal of understanding of relevant expertise—workers' compensation lawyers with certain areas of medicine, commercial lawyers with economics, and so on*»¹⁰⁵⁹. Ma inferire da ciò la possibilità, per il giudice, di sostituirsi all'esperto significa confondere i due piani dell'«*interactional expertise*» e della «*contributory expertise*»: infatti, anche a voler accettare l'idea che «*mastery of an entire form of life is not necessary for the mastery of the language pertaining to the form of life*»¹⁰⁶⁰, e che, quindi, sia possibile *comprendere* e *parlare* il linguaggio tecnico di una branca della conoscenza diversa da quella propria, pur senza essere in grado di *produrre* quella stessa conoscenza, è evidente che il compito del consulente tecnico – percipiente o deducendo che

¹⁰⁵⁶ FORNACIARI, Michele, *Consulenza tecnica*, cit., 184.

¹⁰⁵⁷ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 309.

¹⁰⁵⁸ LOMBARDO, Luigi, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, cit., 47.

¹⁰⁵⁹ COADY, Cecil A.J., *Testimony*, cit., 287.

¹⁰⁶⁰ COLLINS, Harry - EVANS, Robert, *Rethinking Expertise*, cit., 77. Ammettere tale possibilità astratta, peraltro, non significa automaticamente ritenere che essa si verifichi con riferimento al problema che occupa: anzitutto, conseguire l'*interactional expertise* richiede anni di immersione nella comunità scientifica di riferimento (e, quand'anche si immagini un giudice specializzato che abbia a trattare la materia con una frequenza tale da, infine, diventare esperto... è probabile che ciò avvenga quando è ormai ora di rotazioni): in secondo luogo, i test svolti dagli Autori – sul modello del *Touring test* (cfr. *ibid.*, 91 ss.) – dimostrano che un non esperto può, a certe condizioni, spacciarsi per tale, ma nulla dicono quanto alla sua capacità di valutare i discorsi dei *veri* esperti.

sia – rientra nel secondo tipo di attività. Per ricorrere ad un semplice esempio, un magistrato che abbia maturato una certa anzianità in materia previdenziale sarà pure in grado di comprendere il significato delle diverse classi NYHA (*interactional expertise*), ma *non anche* di visitare il periziando onde determinarne l'esatto grado di insufficienza cardiaca (*contributory expertise*).

Da ciò deriva non solo che, nella determinazione dell'*an* della consulenza, dovrebbe riuscire indifferente l'eventuale, specifica preparazione non giuridica del singolo giudice, ma anche che lo sforzo dell'interprete non va diretto verso l'identificazione di ciò che è scienza, onde individuare le eccezioni all'altrimenti generale cognizione del giudice; anzi, il ragionamento va invertito. In questo senso, risultano chiarissime e tuttora attuali le parole di Denti: «[i]n tutti gli ordinamenti [...] esiste un limite alla utilizzazione della scienza privata del giudice, ed è quello che determina, in via generale, l'ammissibilità del ricorso alla prova peritale, consentita laddove sia necessario l'impiego di nozioni che vanno oltre il patrimonio culturale dell'uomo medio. Questa "necessità" [...] segna il limite oltre il quale la prova diviene "scientifica", ossia richiede, per la sua valutazione, il ricorso a conoscenze che vanno oltre la cultura del giudice come uomo medio»¹⁰⁶¹; di talché, il ricorso all'esperto si impone.

17.3.2 La scelta del consulente

Come è già stato dimostrato da chi, più di altri, si è interessato al tema, il «carattere fiduciario dell'incarico di ausiliare del giudice», che tradizionalmente si predica nell'ordinamento italiano, non sarebbe contraddetto dalla sottrazione (almeno relativa) a quest'ultimo del potere di scelta del consulente, onde attribuirlo in via prioritaria alle parti¹⁰⁶²; il che, del resto, oltre a non costituire ipotesi rara nel panorama europeo attuale¹⁰⁶³, rappresentava la regola sia nel diritto comune e negli Stati preunitari domestici, sia, in Francia, sotto il *Code de procédure civile* del 1806, il tribunale intervenendo solo in caso di

¹⁰⁶¹ DENTI, Vittorio, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., 415.

¹⁰⁶² AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 370 ss.

¹⁰⁶³ Il *Civil law expert reports 2015*, 13, e l'«*EUREXPERTISE PROJECT*» *Report 2012*, 17, mostrano, anzi, una sostanziale spaccatura: in 11 Paesi europei «*experts are proxies for the court*», in un numero pari di Stati «*once the decision has been made by the court, or with its consent, to have recourse to an expert report, each party is invited to appoint its expert (who is compensated on the basis of an agreement between expert and party) and the judge only becomes involved if the parties do not make such an appointment (9 countries)*».

mancato accordo¹⁰⁶⁴. La mutata prospettiva – causa ed effetto del variare delle scelte codicistiche in ambo i Paesi –, inoltre, non sembra implicare che allo sbandierato rapporto di fiducia *on the books* corrisponda la realtà dei fatti.

Anzi, con riferimento alla situazione italiana, è la stessa disciplina positiva a mostrarsi contraddittoria, stante il progressivo moltiplicarsi dei luoghi normativi che ontologicamente contrastano con la pretesa fiduciarità del rapporto. Così, agli esempi già da tempo sottolineati da Auletta – come la limitazione del potere di sostituzione del CTU alla sussistenza di «gravi motivi»¹⁰⁶⁵ – è oggi possibile aggiungere il disposto dell'art. 23 disp. att. c.p.c., come novellato nel 2009, che ha ulteriormente circoscritto – *quantificandola* – la possibilità di affidamenti seriali. Infatti, all'originaria previsione per cui «[i]l presidente del tribunale vigila affinché, senza danno per l'amministrazione della giustizia, gli incarichi siano equamente distribuiti tra gli iscritti nell'albo», è stata aggiunta la precisazione che la rotazione delle assegnazioni deve assicurare «che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio».

La previsione, oltre ad esporsi alla facile critica che un simile «sistema *routinario* di attribuzione degli incarichi»¹⁰⁶⁶ contraddice ogni istanza di specializzazione del consulente rispetto alla questione di cui si tratti, con conseguenze negative sull'«*affidabilità*»¹⁰⁶⁷ della relazione, risulta anche di ambigua formulazione: sicché, ai dubbi insorti intorno al significato della «nozione di “ufficio”», alla «grandezza a cui deve essere applicata la percentuale del dieci per cento», all'«arco temporale» rilevante ai fini del calcolo, alle «concrete modalità con le quali va accertato il rispetto del limite del dieci per cento» e alla «verifica del se l'applicazione della percentuale del dieci per cento sia sufficiente a garantire una equa distribuzione degli incarichi» si è incaricato di rispondere il CSM, con le deliberazioni del 12 ottobre 2016 e del 4 maggio 2016¹⁰⁶⁸. Ne è risultata smentita l'opinione

¹⁰⁶⁴ DUMOULIN, Laurence, *L'expertise à l'épreuve du droit*, cit., 31, il quale, anzi, proprio analizzando la legislazione francese degli ultimi anni, sottolinea la trasformazione della figura dell'esperto, da mandatario delle parti ad ausiliario del giudice, con conseguente progressivo consolidamento di una posizione di subalternità del primo al secondo.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, 372.

¹⁰⁶⁶ ANSANELLI, Vincenzo, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 917.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ In Foro it., 2016, III, 611 ss, §§ 6 ss. Per quanto le deliberazioni fossero relative all'istituto della delega a notai, avvocati e commercialisti delle operazioni di vendita in sede di espropriazione immobiliare di cui

di Potetti, che, basandosi su una lettura strettamente letterale, certo concessa dall'ambiguità del dato testuale, ma nella sostanza annichilente, del significato della disposizione, aveva ritenuto che «la novità legislativa» giungesse «addirittura legittimare e preservare quel tipico rapporto di fiducia che sovente si viene a creare fra magistrato e ausiliario»¹⁰⁶⁹: in particolare, una volta riferito all'ufficio il limite del 10%, nei Tribunali di grandi dimensioni ciascun giudice avrebbe potuto finanche nominare sempre lo stesso consulente; e, in ogni caso, l'inciso «senza danno per l'amministrazione della giustizia», avrebbe legittimato il magistrato a «limitare l'assegnazione degli incarichi a quelle persone che, all'interno dell'albo, hanno dimostrato di meritare particolare fiducia nello svolgimento delle loro delicate funzioni»¹⁰⁷⁰. E invece, benché verosimilmente giungano ad essere effettivamente sanzionati solo i casi più vistosi¹⁰⁷¹, la limitazione alla ipotetica fiduciarità del rapporto appare tanto reale, quanto contraddittoria.

In Francia, il dato normativo sembrerebbe più coerente : in effetti, il giudice può «*commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien*» (art. 232 CPC). Tuttavia, l'impressione di totale anarchia è mitigata, anzitutto, dalla previsione per cui «*[l]a décision qui ordonne l'expertise [...] [e]xpose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts ou la désignation en tant qu'expert d'une personne ne figurant pas sur l'une des listes établies en application de l'article 2 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires*»¹⁰⁷² ; ciò che suggerisce che sia valida anche qui l'idea – argomentata, rispetto al sistema domestico, muovendo dagli artt. 61, comma 2°, e 63, comma 1°, c.p.c. e 22, commi 2° e 3°, disp. att. c.p.c. – che «l'iscrizione all'albo dell'ufficio giudiziario» funga, tra l'altro, da «esonero del giudice dalla motivazione specifica concernente la generica capacità della

all'art. 591-bis c.p.c., esse risultano rilevanti in questa sede in virtù del richiamo, operato dall'art. 169-sexies, disp. att. c.p.c., agli artt. 13 ss. disp. att. c.p.c., e, dunque, anche all'art. 23.

¹⁰⁶⁹ POTETTI, Domenico, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, in *Giur. mer.*, 2010, 31.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, 32.

¹⁰⁷¹ V., ad esempio, Cass., Sez. un., 18 maggio 2016, n. 10157, in *Foro it.*, 2017, I, 1946, con note di richiami.

¹⁰⁷² Art. 265 CPC, enfasi aggiunta.

persona che vi è inclusa, se designata consulente in controversia pendente davanti l'ufficio di riferimento»¹⁰⁷³.

In secondo luogo, le discrasie tra le discipline positive sono ricomposte dalla prassi, l'analisi della quale, in realtà, richiede l'apporto degli studi sociologici, più che giuridici; e la letteratura francese in questo campo, per quanto comunque quantitativamente limitata, si dimostra molto più attenta di quella italiana. Se ciò implica la tendenziale assenza di dati numerici sulla situazione nostrana, peraltro, le emergenze relative alle Corti francesi non possono non suscitare un sentimento di *déjà vu* nell'operatore italiano.

Anzitutto, i giudici dimostrano di «*connaître assez peu leurs experts*»¹⁰⁷⁴; il che appare coerente con i risultati dell'indagine di Dumoulin¹⁰⁷⁵, che ha mostrato come, a fronte di una virtuale libertà assoluta di scelta, quella dei giudici francesi cada nella stragrande maggioranza dei casi sugli esperti inclusi nelle liste e, tra essi, su quelli consigliati dal *bouche-à-oreille*. Inoltre, vista l'assenza di limiti come quelli imposti dall'art. 23 disp. att. c.p.c. (e similmente a quanto notoriamente avveniva in Italia prima della novella di tale norma), la tendenza è a reiterare le nomine delle stesse persone¹⁰⁷⁶: eclatante il caso di un biologo che, nel corso del solo 1998, ha reso 484 *rapports d'expertise*¹⁰⁷⁷.

Una simile prassi non parrebbe porre, in principio, grossi problemi, a condizione che fosse assicurato un certo livello qualitativo dei soggetti designati; ma dubbi in proposito scaturiscono da una serie di considerazioni di contorno.

Anzitutto, vengono in rilievo i criteri in base ai quali vengono compilate le liste e quelli che spingono i magistrati a riconoscere in un certo *technicien* un «buon esperto». Sotto

¹⁰⁷³ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 382.

¹⁰⁷⁴ HERZOG-EVANS, Martine, *La perception de l'expertise par les JAP : une recherche empirique*, in *AJ Pénal*, 2014, 519.

¹⁰⁷⁵ DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 148.

¹⁰⁷⁶ Lo testimoniava già LANGBEIN, John H., *The German Advantage in Civil Procedure*, cit., 838 nel 1985, quanto alle usanze tedesche; rispetto all'Italia, non è stato possibile rinvenire alcuno studio specifico sul punto. Tuttavia, una verifica empirica dell'assunto, benché molto rozza, si è potuta ottenere estraendo randomicamente dal SICID 3000 nomi di esperti iscritti sulle liste del Tribunale di Napoli (senza, tuttavia, badare alla data di iscrizione all'elenco e, quindi, al periodo di riferimento): si è potuto, così, verificare che 35287 incarichi sono stati ripartiti tra soli 385 CTU. Tra questi ultimi, poi, solo 90 consulenti ne hanno ricevuto oltre 100; uno di essi, 1058.

¹⁰⁷⁷ DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 163.

il primo profilo, infatti, l'ampia libertà di azione rimessa a ciascuna Corte d'appello¹⁰⁷⁸ impedisce di giungere ad un giudizio unitario; tuttavia, l'esperienza analizzata da Dumoulin lascia emergere come la qualità scientifica dell'esperto – indipendentemente dalla congruità del modo in cui viene apprezzata – rappresenti solo uno dei profili analizzati in sede di compilazione della lista¹⁰⁷⁹. Lo stesso dicasi per il secondo aspetto: qui, anzi, alla richiesta di indicare le caratteristiche richieste al consulente, «[I]es capacités techniques sont quelquefois citées, parfois placées en première position mais souvent négligées, soit qu'elles apparaissent comme des évidences» – dimostrandosi, così, una fede verosimilmente eccessiva nelle qualità selettive delle liste – «soit qu'elles soient, au final, noyées dans de multiples exigences qui les rendent finalement plus secondaires qu'elles ne pouvaient sembler l'être de prime abord»¹⁰⁸⁰. Ciò che pare contare di più, in realtà, sono la «subordination absolue à la mission»¹⁰⁸¹ – intesa come pedissequo rispetto dei limiti fissati dal giudice e astensione da ogni iniziativa personale¹⁰⁸², pur se motivata dall'avvertita esigenza di sopperire alla «non felice formulazione del quesito»¹⁰⁸³ – e l'esperienza

¹⁰⁷⁸ In Italia, poi, la delocalizzazione – e conseguente frammentazione delle prassi, sulle quali, peraltro, non consta letteratura – è ancora maggiore, considerato che «[p]resso ogni tribunale è istituito un albo dei consulenti tecnici» (art. 13, comma 1°, disp. att. c.p.c.).

L'opacità che ne deriva, peraltro, sembra confliggere con i rilievi dell'«EUREXPERTISE PROJECT» Report 2012, 15, che, preso atto del peso esercitato dalle liste – in quanto esse «mandate or strongly facilitate the possibility of being appointed by a court» – segnala la necessità che «on the one hand the criteria be displayed, and on the other hand that essential emphasis be placed on the knowledge of procedure rules, this being the only point on which courts called to assess these enrolments can provide a clear judgment, free from the appreciation of the expert's "technical" skill».

¹⁰⁷⁹ DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 77 ss.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, 149.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, 151 ss.

¹⁰⁸² Non stupisce, allora, che spesso «si not[i] nei c.t.u. una notevole ritrosia (quando non un aperto timore) rispetto al paventato superamento dei limiti loro derivanti dalla formulazione del quesito»: cfr. POTETTI, Domenico, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 37; peraltro, se il *self-restraint* risulta conveniente, per il CTU, dal punto di vista della costruzione del rapporto con il proprio committente, in vista di incarichi futuri, la Cassazione – avvezza com'è a recuperare qualunque materiale avente funzione anche solo *lato sensu* probatoria – ha affermato che, in mancanza di «una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, [...] il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo»; e, «in particolare, legittimamente può il [...] giudice trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta, non esulando siffatto potere dall'ambito del libero apprezzamento delle prove cosiddette atipiche, ammissibili nel nostro ordinamento in ragione della surrilevata mancanza d'una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova»: cfr. Cass., Sez. II, 25 marzo 2004, n. 5965, in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile in genere*, 2004, n. 81.

¹⁰⁸³ POTETTI, Domenico, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 37.

pregressa¹⁰⁸⁴, vista come garanzia di una già acquisita conoscenza non solo delle regole di procedura, ma anche di quelle che reggono il *gioco di ruolo* che si instaura (*rectius*: deve instaurarsi) tra giudice e tecnico.

Ma proprio quest'ultima caratteristica finisce per costituire un ulteriore ostacolo alla garanzia della qualità dell'*expertise*: la professionalizzazione dei consulenti – non foss'altro che per il tempo dedicato alle udienze, alle operazioni peritali e alla stesura del rapporto – li allontana da quella che dovrebbe essere la loro attività principale; la quale rappresenta, del resto, la reale ragione del loro potersi fregiare del titolo di esperti e legittimamente essere chiamati a contribuire alla formazione del giudizio.

17.3.3 La formulazione dei quesiti

Come nota Taruffo, «la consulenza tecnica può essere più o meno utile, ed anche più o meno attendibile, a seconda che il giudice sia in grado di porre al consulente le “domande giuste”, dato che qualunque risposta è condizionata dalla corrispondente domanda»¹⁰⁸⁵. Il noto carattere paradossale del principio *iudex peritus peritorum* mostrando qui tutta la propria ampiezza – la capacità di porre «domande giuste» essendo intimamente legata alla conoscenza dell'argomento, di cui il giudice è evidentemente sprovvisto –, sarebbe logico attendersi il ricorso all'aiuto delle parti (e dei loro esperti), in quanto verosimilmente (interessate, e dunque) già resesi edotte dell'argomento, oltre che dello stesso CTU, comunque e da chiunque scelto.

E invece, salve eventuali prassi virtuose in uso nei singoli Tribunali – se non, addirittura, *personali* – la lettera della legge non depone in questo senso.

In realtà, la modifica dell'art. 191, comma 1°, c.p.c., che – in ottica acceleratrice – ha anticipato al momento del conferimento dell'incarico la formulazione dei quesiti (come da sempre, peraltro, prevede l'art. 265 CPC¹⁰⁸⁶) è stata da alcuni¹⁰⁸⁷ letta *anche* come ampliativa delle possibilità d'interlocuzione delle parti: queste ultime, infatti, avrebbero la

¹⁰⁸⁴ DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 153 ss.

¹⁰⁸⁵ TARUFFO, Michele, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., 1108-1109.

¹⁰⁸⁶ Secondo tale disposizione, «[l]a *décision qui ordonne l'expertise* : | *Expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts ; | Nomme l'expert ou les experts ; | Enonce les chefs de la mission de l'expert ; | Impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis*». Ai sensi del successivo art. 266, la fissazione di un'ulteriore udienza di comparizione delle parti e del consulente «*pour que soient précisés la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations*» è solo facoltativa.

¹⁰⁸⁷ POTETTI, Domenico, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, cit., 24-25.

possibilità di ponderare sulla congruità del tema di indagine del CTU, come delimitato dal giudice, nel periodo compreso tra l'udienza di nomina e quella di conferimento dell'incarico, potendo quindi sollecitare, in tale ultima sede, una modifica dell'ordinanza. La valutazione positiva non è, tuttavia, condivisa dagli stessi fruitori della stessa¹⁰⁸⁸: da un lato, infatti, se è vero che «l'ordinanza andrà comunicata al consulente per l'assunzione dell'incarico, [...] necessariamente all'udienza successiva, [...] non si apprezza una particolare accelerazione impressa alla procedura di nomina, a fronte di una prassi che già vedeva i giudici concentrare in una unica udienza l'accettazione dell'incarico, la prestazione del giuramento e la formulazione dei quesiti, limitando il provvedimento di nomina alla sola indicazione della persona del consulente»; dall'altro, «dovendosi formulare il quesito nel provvedimento di nomina, il giudice sarà privato, ogni qual volta esso sia reso fuori udienza, di tutte le preziose informazioni e suggerimenti che sia le parti che il consulente, interagendo in udienza, usualmente forniscono al riguardo. In ogni caso, anche quando l'ordinanza di nomina fosse pronunciata in apposita udienza dedicata all'ammissione delle prove, l'apporto del perito dovrebbe andare comunque perduto»¹⁰⁸⁹. Così, anche tenuta ferma la successiva modificabilità e revocabilità dell'ordinanza e ammesso che il magistrato sia disposto a ritornare sui propri passi dopo essersi già espresso, la modifica normativa rischia semplicemente di tradursi nello spreco di tempo e di energie che si produce ogniqualvolta si rende necessario ripetere un atto.

Benché l'infelice scelta normativa sia stata imputata alla tradizionale arretratezza italiana rispetto al tema della prova scientifica, a propria volta causa della mancata comprensione dell'«essenzialità e [del]l'incidenza del momento della formulazione dei quesiti nella formazione delle conoscenze esperte da utilizzarsi per la risoluzione della controversia»¹⁰⁹⁰, la prematura definizione dell'ambito di indagine del consulente sembra rispondere, ancora una volta, piuttosto a ragioni sociologiche: in altri termini, l'affermato monopolio del giudice appare nient'altro che il corollario dell'idea – positivamente

¹⁰⁸⁸ Critico anche ANSANELLI, Vincenzo, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte*, cit., 910 e 913-914, che sembra tuttavia rinvenire il problema nella lesione del contraddittorio *tout court*, senza che lo specifico tema del sapere tecnico-scientifico valga a connotare in alcun modo l'auspicata partecipazione delle parti.

¹⁰⁸⁹ MAMBRIANI, Angelo, *Appunti in tema di consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 567.

¹⁰⁹⁰ ANSANELLI, Vincenzo, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte*, cit., 915.

espressa¹⁰⁹¹ o meno – che il *technicien* debba *restare al suo posto*. Così, non pare un caso che, nell’ “*EUREXPERTISE PROJECT*” *Report* 2012, si trovino, in rapida successione, le due raccomandazioni: «[t]he expert’s mission must be restricted to technical questions. This mission must be defined as precisely as possible since it binds the expert’s activity»¹⁰⁹².

Ciò che si paventa, in altri termini, è l’espropriazione delle funzioni dell’organo giudicante da parte di chi giudice, *formalmente*, non è¹⁰⁹³. Ma la cautela dei codici non basta, soprattutto quando è lo stesso diritto sostanziale a richiamare concetti che acquistano senso reale solo se apprezzati alla luce della disciplina (extragiuridica) di riferimento.

Così, in materia di responsabilità medica, «[i]l giudizio sulla sussistenza della colpa in termini strettamente giuridici chiaramente è di spettanza del giudice, così come gli appartiene la costruzione dei profili giuridici della causalità dopo il preliminare accertamento di quelli materiali, ma i confini rispetto alla competenza del CTU sono sfumati al punto che, senza tante ipocrisie, è frequente l’esplicita richiesta nei quesiti di stabilire se sussista colpa professionale e se questa abbia causato eventi dannosi»¹⁰⁹⁴; quanto alle consulenze contabili, poi, «è frequente e comunemente ritenuto corretto che al CTU vengano sottoposti quesiti concernenti la corretta applicazione di norme giuridiche o para-giuridiche», come spesso avviene quando si tratti «della valutazione della correttezza di determinate appostazioni in bilancio o [del]la riclassificazione di bilanci»¹⁰⁹⁵.

Il dubbio, tuttavia, è che il problema non stia tanto (o, comunque, solo) nella tecnica legislativa, quanto nelle difficoltà di comunicazione tra giurista e laico esperto: se è vero, infatti, che il rispetto dell’idea per cui al consulente vadano delegate solo questioni di fatto, e ben definite, richiederebbe al giudice lo sforzo di descrivere precisamente le circostanze della realtà fattuale necessarie a ritenere integrata la fattispecie di cui si discute, la difficoltà di una simile impresa appare evidente ogniqualvolta la descrizione riguardi vicende tecnicamente caratterizzate. Di qui, la tendenza ad usare un linguaggio (a lui, ma non

¹⁰⁹¹ Così, l’art. 238, *alinéa* 3, CPC, precisa che «[l]e *technicien* [...] *ne doit jamais porter d’appréciations d’ordre juridique*».

¹⁰⁹² “*EUREXPERTISE PROJECT*” *Report* 2012, 8.

¹⁰⁹³ «*Il s’agit, pour le commissionnaire, de s’assurer qu’il conserve la maîtrise, voire la maîtrise d’œuvre du processus judiciaire*»: cfr. DUMOULIN, Laurence, *L’expert dans la justice*, cit., 152.

¹⁰⁹⁴ VIAZZI, Claudio, *L’accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 48.

¹⁰⁹⁵ MAMBRIANI, Angelo, *Appunti in tema di consulenza tecnica nel processo civile*, cit., 568.

necessariamente al tecnico) noto, ovvero quello giuridico; nonché l'acuirsi delle perplessità circa l'opportunità di conservare al giudice il monopolio sul quesito.

17.3.4 Il procedimento peritale: un'ulteriore mortificazione del contraddittorio?

La tradizionale sottovalutazione della natura procedimentale delle operazioni peritali è verosimilmente alla base, tra l'altro, della scarsa attenzione a lungo dimostrata allo svolgimento delle stesse e, in particolare, ai profili attinenti al contraddittorio tra CTU ed esperti di parte.

In Italia, infatti, è solo nel 2009 che, mediante l'introduzione di un ulteriore comma all'art. 195 c.p.c., si è previsto che la relazione del CTU dev'essere da questi trasmessa alle «parti costituite», affinché esse possano trasmettergli le proprie «osservazioni» ed il consulente possa, a propria volta, «depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse»; ciascuna attività da compiersi entro precisi termini, stabiliti dal giudice con l'ordinanza emessa all'udienza durante la quale è raccolto il giuramento dell'ausiliare (comma 3). Considerato che, nel totale silenzio del codice sul punto, prima della riforma l'apporto degli esperti di parte era limitato alla produzione di osservazioni *a posteriori*, volte ad ottenere (se non un rinnovo della consulenza, almeno) un richiamo a chiarimenti del CTU¹⁰⁹⁶, si comprende come la novella sia stata generalmente salutata con favore, quale regolamentazione di un contraddittorio scientifico effettivo¹⁰⁹⁷.

Tuttavia, agli addetti ai lavori la riforma è apparsa «tutela[re] più la forma che la sostanza del contraddittorio», posto che «molto spesso il CTU si limita a dare atto della ricezione delle osservazioni dei consulenti di parte senza modificare la propria bozza, e, soprattutto, senza controdedurre alle critiche, tutt'al più dichiarando laconicamente di non

¹⁰⁹⁶ BRESCIA, Gennaro, *Manuale del perito e del consulente tecnico nel processo civile e penale*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 165.

¹⁰⁹⁷ GAMBA, Cinzia, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 18-20, testo e note; BOVE M., *Il sapere tecnico nel processo civile*, cit., 1442.

Anche l'«EUREXPERTISE PROJECT» Report 2012, 9, segnala la necessità che il contraddittorio sull'elaborato peritale sia instaurato prima dell'udienza; eppure, «*out of nineteen usable answers, only seven establish the need to carry out a contradictory procedure every time (among which the answers from France, from Belgium, from Greece, from Malta, or from Romania) while four countries (Germany, Spain, Austria, Bulgaria) do not mandate this procedure and organise the contradictory procedure "ex-post", the litigants being able, after the report has been submitted, to debate its contents and question the expert during a hearing. And for seven countries the contradictory procedure is not mandatory...*» (ibid., 18).

condividerle»¹⁰⁹⁸. In effetti, per quanto il sistema richiami l'immagine romantica della sentenza opinata¹⁰⁹⁹, non è difficile credere che raramente «il CTU, dopo aver letto le osservazioni alla bozza contenenti delle censure sostanziali al proprio elaborato “abbia il coraggio” (o la “rettitudine”) di tornare sui propri passi, ammettendo di aver errato nel proprio ragionamento ed eventualmente nelle proprie conclusioni, smentendo sé stesso e deludendo le aspettative già consolidate nei consulenti di parte gratificati dalle valutazioni formulate in prima istanza»¹¹⁰⁰.

Né le cose vanno meglio in Francia¹¹⁰¹; qui, l'art. 276 CPC, se non fa menzione del meccanismo dell'opinamento¹¹⁰², ricalca il contenuto sostanziale dell'art. 195 circa l'obbligo, per il consulente, di instaurare un contraddittorio con gli esperti di parte¹¹⁰³. Così, se, in principio, può affermarsi che – sin dal 1806 – il processo civile garantisce una *expertise* contraddittoria¹¹⁰⁴, la violazione della disposizione, in quanto non considerata una *irrégularité de fond*¹¹⁰⁵, comporta la nullità del rapporto solo se la parte dimostra di averne

¹⁰⁹⁸ FIORI, Angelo, *Editoriale. Irrituità ed incertezze nella consulenza medico-legale in sede civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 5.

¹⁰⁹⁹ Su cui v. PICARDI, Nicola, *L'ordinanza “opinata” nel rito camerale in cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 322; SCARSELLI, Giuliano, *La Corte di cassazione di Firenze (1838-1923)*, ivi, 2012, 623; RASIA, Carlo, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 21.

¹¹⁰⁰ FIORI, Angelo, *Editoriale. Irrituità ed incertezze*, cit., 5.

¹¹⁰¹ Sul tema v. FERRAND, Frédérique, v. *Preuve*, cit., nn° 443 ss.; VIGNEAU, Vincent, *Obligations du technicien*, in *Dalloz action. Droit de l'expertise*, 2016, n° 231.91; MUIR WATT, Horatia - CREACH, Marion, *Expertise*, in *Rép. dr. int.*, 2016, nn° 71 ss.

¹¹⁰² Benchè già anni fa si sia ritenuto che «[l]e meilleur moyen pour l'expert de faire le point sur l'exécution de sa mission et de permettre aux parties de discuter certaines observations et conclusions et de rédiger un pré-rapport est de l'adresser à toutes les parties ou à leurs conseils»: cfr. FERRAND, Frédérique, *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, in *RIDC*, 2000, 350.

¹¹⁰³ Il testo, nella versione modificata con *Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005*, prevede che «[l]'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent.

Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge.

Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. A défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties.

L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées». Peraltro, le attuali alinéas 1 e 4 erano già presenti nella versione originaria, in vigore dal 1976.

¹¹⁰⁴ Cfr. LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert*, cit., 314, n° 406; al contrario che in Italia, è qui il processo penale a risultare meno garantistico, dal punto di vista della partecipazione delle parti: v. *ibid.*, 314-315, nn° 406-407.

¹¹⁰⁵ Civ. 3e, 3 oct. 1991, n° 89-12943, *Bull. civ.* n° 227.

ricevuto pregiudizio¹¹⁰⁶, in base alla tradizionale regola *pas de nullité sans grief*¹¹⁰⁷; ma, com'è stato giustamente osservato, in questi casi, «*faire la preuve d'un grief devient [...] un exercice d'acrobate, si l'on n'admet pas que le grief a sa source dans l'omission elle-même*»¹¹⁰⁸. Inoltre, «*les éléments d'un rapport d'expertise annulé [...] peuvent être retenus à [titre de renseignements] s'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier*»¹¹⁰⁹.

Senza contare che, con riferimento alla concreta formazione dell'elaborato peritale, e nonostante la risalente pronuncia *Mantovanelli v. France*¹¹¹⁰, non sono mancati casi in cui la *Cour de cassation* ha giudicato sufficiente un contraddittorio solo successivo: ancora nel 2011 la Corte ha affermato che «*[a]yant relevé que le rapport d'expertise avait été versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties, c'est sans méconnaître les dispositions de l'article 16 du code de procédure civile que la cour d'appel s'est déterminée en considération de ce seul rapport*»¹¹¹¹. Solo nel 2012 è stata (si direbbe) stabilmente consacrata la regola per cui «*le contradictoire, qui doit être observé au cours des opérations d'expertise, suppose la possibilité pour les parties de débattre, devant l'expert, et avant que celui-ci formule ses conclusions, des éléments obtenus auprès du tiers*»¹¹¹². Ciononostante, l'obbligo di «*prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent*» (art. 276, alinéa 1, CPC) non essendo ulteriormente caratterizzato, le concrete modalità di attuazione della disposizione rischiano di non rivelarsi più effettive di quanto lo siano in Italia.

¹¹⁰⁶ Mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, in *RTD civ.*, 2012, 771, con nota di PERROT, Roger, *Expertise judiciaire : sanction des irrégularités affectant les opérations d'expertise*. Con tale pronuncia, la Corte ha operato un *revirement* rispetto alla giurisprudenza più permissiva invalsa precedentemente, con un obiettivo – secondo FERRAND, Frédérique, v. *Preuve*, cit., n° 444 – «*purement pragmatique : éviter l'annulation d'expertises longues et onéreuses. Les principes fondamentaux de procédure n'en ressortent pas grandis...*».

¹¹⁰⁷ Codificata all'art. 114 CPC, secondo il quale «*[l]a nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public*».

¹¹⁰⁸ PERROT, Roger, *Expertise judiciaire : sanction des irrégularités*, cit., 771.

¹¹⁰⁹ Civ. 2e, 23 oct. 2003, n° 01-15416, in *Bull.*, n° 323; Civ. 1ère, 11 déc. 1979, in *Bull.* I, n° 315.

¹¹¹⁰ Corte EDU, 18 marzo 1997, n° 21497/93, in *Rec. Dalloz*, 1997, 361, con osservazioni di PEREZ, Sophie; in *AJDA*, 1999, 173, con osservazioni di MUSCAT, Hélène; in *RTD civ.*, 1997, 1007, con osservazioni di MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. V. anche LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert*, cit., 349 ss., nn° 443 ss.

¹¹¹¹ Civ. 2e, 8 septembre 2011, n° 10-19.919, in *Rec. Dalloz*, 2011, 2212.

¹¹¹² Civ. 1, 1 février 2012, 10-18.853, in *Bull.*, 2012, I, n° 20. La pronuncia, insieme a quella citata in nota precedente, è commentata da PERROT, Roger, *Expertise : la place de la contradiction ?*, in *RTD civ.*, 2012, 374

17.3.5 La valutazione della consulenza

L'art. 270 c.p.c. del 1865 prevedeva che «l'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria»; ma, benché la previsione – tuttora presente nell'art. 246 CPC¹¹¹³ – non sia stata riprodotta nel codice attuale, praticamente nessuno dubita che il *significato minimo* del brocardo *iudex peritus peritorum* sia quello per cui il giudice non è tenuto ad uniformarsi al parere dell'esperto: è, infatti, rimasta isolata quella serie di pronunce emanate dal Tribunale di Milano – tutte, peraltro, da riferirsi al medesimo autore – nella seconda metà degli anni '90, che risolvevano il paradosso della perizia nella maniera più logica: affidandosi al giudizio del CTU¹¹¹⁴.

L'ampia latitudine valutativa così rimessa al giudice lascia, peraltro, ampio spazio alle pratiche più diversificate, conseguenza dei diversi atteggiamenti che il singolo *sceglie* di adottare rispetto all'apporto esperto. Il destino della consulenza, allora, diventa un terno al lotto: esemplificativa, in proposito, risulta la tassonomia individuata da Carlizzi¹¹¹⁵, che distingue, offrendo il riscontro della casistica, fra

i. «giudice-apprendista», che «applica un criterio specialistico che escogita autonomamente, pretendendo di spacciare per sapere scientifico, tecnico ecc. quello che è solo un precipitato del senso comune, se non un vago stereotipo»;

ii. «giudice-volgarizzatore», che «banalizza criteri specialistici vigenti»;

iii. «giudice-agrimensore», che «usa da sé criteri effettivamente recepiti nella cultura degli esperti, ma che, per la loro elevata complessità, richiedono abilità applicative particolari»;

iv. «giudice-recettore», che «ratifica le opinioni degli esperti in maniera sostanzialmente acritica»;

v. «giudice-custode», che «prende in considerazione i vari pareri degli esperti in giudizio e decide se e quale accogliere ai fini probatori solo dopo averli sottoposti a un penetrante scrutinio epistemologico» ed essersi «confronta[to] in maniera critica e completa,

¹¹¹³ A mente del quale «[l]e juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien».

¹¹¹⁴ DI BENEDETTO, Carmine, “*Giudizi tecnici*”, cit., 378, testo e nota 16.

¹¹¹⁵ CARLIZZI, Gaetano, *Iudex peritus peritorum*, cit., 13 ss.

nel contraddittorio tra le parti, con i criteri fatti valere dai rispettivi esperti e con l'adeguatezza della loro applicazione».

Certo, come ogni classificazione, anche quest'ultima trascura alcune sfumature; tuttavia, ciò che più conta non è la tipizzazione universale delle ipotesi, quanto la loro ricorrenza statistica. E, se le riviste scientifiche danno conto certamente dei casi più eclatanti di atteggiamenti odiosi o virtuosi, che fanno notizia quanto un disastro aereo, la realtà (*nota*, benché meno pubblicizzata) è che la stragrande maggioranza dei voli si conclude felicemente, e il giudice, quasi sempre, si rifà alla consulenza¹¹¹⁶; in ciò, del resto, agevolato dall'indirizzo della Cassazione italiana, che, quando ancora un vizio di motivazione in senso proprio del termine poteva dirsi esistente, calibrava l'onere argomentativo del giudice sulla ricezione, o meno, delle conclusioni del consulente¹¹¹⁷. Oggi, poi, tra la riduzione del vizio motivazionale al «minimo costituzionale»¹¹¹⁸ e la generalizzazione del meccanismo della motivazione *per relationem*¹¹¹⁹ – in netto contrasto con la tradizione francofona¹¹²⁰ –, è verosimile che al giudice basti inserire qualche virgola tra le citazioni, per essere tenuto

¹¹¹⁶ Mancano dati statistici attendibili e recenti; può, tuttavia, citarsi uno studio parigino del 1998, che ha mostrato come, nel 1995, i giudici del *Tribunal de commerce* della capitale abbiano recepito pedissequamente i risultati dell'*expertise* nel 90% dei casi: cfr. VIGNEAU, Vincent, *General summary of the Symposium on the future of civil judicial expertise in the European Union*, in "EUREXPERTISE PROJECT" Report 2012, 239.

¹¹¹⁷ V., sul punto, SALOMONE, Elisa, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1017 ss. Tra le pronunce, v., *ex multis*, Cass., Sez. II, 21 marzo 2011, n. 6399, in *NGCC*, 2011, 991 ss., con nota di RUSSO, Marco, *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio*.

¹¹¹⁸ V., per tutti, PASSANANTE, Luca, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 179 ss.

Indipendentemente dalla categoria cui è oggi riconducibile il vizio di motivazione, peraltro, sembra che almeno «il mancato esame delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio» – quando «veicol[i] nel processo un fatto idoneo a determinare una decisione di segno diverso» – «integr[i] un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, come omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»: cfr. Cass., Sez. I, 8 aprile 2019, n. 9763, in *DeJure*. Così anche Cass., 29 maggio 2018, n. 13399, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Cassazione civile*, n. 115; Cass., 31 maggio 2018, n. 13770, *ivi*, 2018, voce *cit.*, n. 111; Cass., 7 luglio 2016, n. 13922, *ivi*, 2016, voce *cit.*, n. 90.

¹¹¹⁹ V. artt. 118, comma 1°, c.p.c. e 348-ter, comma 1° c.p.c.

¹¹²⁰ Se, infatti, la Cassazione francese si fa attenta garante del tasso di originalità delle pronunce dei giudici inferiori rispetto agli scritti dei litiganti (Civ., *Ire*, 17 mars 2011, 10-10.583, in *Bull.*, I, n° 56) e censura la *motivation par voie de référence à une décision rendue dans une autre instance*, anche se intervenuta tra le stesse parti del processo *a quo* (cfr. Civ., *Ire*, 4 avr. 1991, n° 90-04.005, in *Bull.*, I, n° 125; Civ., *3e*, 23 avr. 1997, n° 95-11.446, in *Bull.*, III, n° 86), quella belga (cfr. Cass., 30 novembre 2015, S.15.0058.F, su <https://juricaf.org>) è addirittura giunta a cassare una sentenza che, a mo' di motivazione, si era limitata a riprodurre quella di un *arrêt* di legittimità, perché «[l]e juge qui fonde sa décision sur la jurisprudence de la Cour de cassation sans donner les raisons pour lesquelles, compte tenu des circonstances de l'espèce qui lui est soumise, il y adhère personnellement confère à cette jurisprudence la valeur d'une disposition générale et réglementaire».

indenne da qualunque censura¹¹²¹; soprattutto quando, nel «repertorio *bon à tout faire*»¹¹²² fornito dalla Cassazione, è possibile rinvenire affermazioni come quella secondo la quale «in materia che richiede un elevato livello di cognizioni tecniche specifiche, è rimesso al prudente apprezzamento del giudice del merito, nella cui esclusiva competenza rientra pervenire a siffatta determinazione, incensurabile [nel giudizio di legittimità], astenersi dall'effettuare considerazioni personali determinanti e valutazioni comparative che mancherebbero del supporto d'un'appropriata preparazione scientifica»¹¹²³.

Del resto, come è stato notato, nell'autorizzazione a motivare (anche o solo) mediante rinvio a precedenti conformi parrebbe possibile rinvenire «un implicito avallo ad un orientamento che, valorizzando la politica di alleggerimento dell'obbligo varata dal legislatore del 2009, apporta un effettivo risparmio di attività per il singolo magistrato e, nello stesso tempo, non pregiudica il diritto delle parti a conoscere l'*iter* che ha condotto al suo convincimento», posto che – mentre è più che possibile che il giudice non disponga «delle competenze scientifiche né degli strumenti tecnici per motivare l'adesione ai risultati raggiunti dal perito d'ufficio con argomenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli adottati dallo stesso ausiliare, nella propria relazione e nelle eventuali repliche» – «le ragioni “scientifiche” della decisione, attraverso l'adesivo richiamo contenuto nel corpo della motivazione, emergono pur sempre dalle considerazioni svolte dal consulente tecnico d'ufficio nel proprio elaborato». Anzi, in questo senso, la novella del 2009, nell'imporre (quello che nelle intenzioni dovrebbe essere) un reale contraddittorio tecnico tra CTU e consulenti di parte nel

¹¹²¹ Perché «il giudice del merito non è tenuto ad esporre in modo puntuale le ragioni della propria adesione alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, potendo limitarsi ad un mero richiamo di esse, sicché non incorre nel vizio di carenza di motivazione la sentenza che recepisca *per relationem* le conclusioni e i passi salienti di una relazione di consulenza tecnica d'ufficio di cui dichiara di condividere il merito, limitandosi a riconoscere quelle conclusioni come giustificate dalle indagini svolte dall'esperto e dalle spiegazioni contenute nella relativa relazione»: cfr. Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 4352, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Sentenza civile*, n. 13. Nello stesso senso, v., tra le altre, Cass., Sez. trib., 11 maggio 2012, n. 7364, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Sentenza civile*, n. 24; Cass., Sez. I, 4 maggio 2009, n. 10222, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Sentenza civile*, n. 50.

¹¹²² TARUFFO, Michele, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 103.

¹¹²³ Cass., Sez. II, 18 dicembre 2012, n. 23362, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Consulente tecnico*, n. 23. La pronuncia, nella parte citata apprezzabile, lo diventa ben meno nel prosieguo, laddove prosegue affermando che quanto sopra è vero «tanto più ove le argomentazioni dell'esperto nominato dall'ufficio, assistite dalla presunzione d'imparzialità, si contrappongano a quelle degli esperti di parte, comunque meno attendibili se non altro in quanto influenzate dall'esigenza di sostenere le ragioni del preponente»: evidentemente, del mito della consulenza d'ufficio come «prova neutra» non è ancora possibile parlare al passato, come viceversa fa TONINI, Paolo, *L'influenza della sentenza Franzese*, cit., 1226.

corso della formazione del rapporto peritale¹¹²⁴, «sostanzialmente trasferisce» la valutazione del fatto tecnico scientifico «dalla motivazione della sentenza a quella (più appropriata) della motivazione della relazione peritale»¹¹²⁵.

La prassi relativa alla consulenza, dunque, sembrerebbe non solo sistematicamente coerente ma, nel comportare una sostanziale deferenza al sapere esperto, parrebbe dover essere accolta con favore, alla luce delle considerazioni svolte sin qui. Tuttavia, a ciò ostano non solo le problematiche già segnalate rispetto ai vari momenti¹¹²⁶ situati a monte della valutazione dell'*expertise*, e che impediscono di nutrire nel consulente e nel suo operato la fiducia necessaria alla *epistemic deference*¹¹²⁷, ma anche la consapevolezza che lo stato di fatto tendenziale è, appunto, solo tale: *di fatto* e (per ciò stesso, solo) *tendenziale*. In altri termini, in assenza di un vincolo positivamente stabilito ad attenersi alla perizia, tutto dipende dall'*intime conviction* del giudice davanti al quale si ha la (s)fortuna di capitare.

Emblematico è un caso, piuttosto recente, in cui il giudice di primo grado aveva disposto due consulenze tecniche e ritenuto di aderire alla seconda – che stimava la percentuale di invalidità del ricorrente al 4% – piuttosto che alla prima (che l’aveva, invece, quantificata nel 18%), senza tuttavia giustificare le ragioni della scelta. Nel cassare la sentenza d’appello, confermativa *in parte qua*, la Suprema Corte ha affermato che, «benché lo svolgimento di una prima consulenza tecnica non precluda l'affidamento di un'ulteriore indagine a professionista qualificato nella materia, [...] se il giudice intende uniformarsi alle risultanze della seconda consulenza tecnica di ufficio è tuttavia necessario - *ove tali risultanze siano state oggetto, nella impostazione difensiva della parte interessata, di critiche precise e circostanziate idonee, se fondate, a condurre a conclusioni diverse da quelle indicate nella consulenza tecnica* - che non si limiti a generiche affermazioni di adesione alle risultanze stesse, ma che giustifichi la propria preferenza, specificando la ragione per la quale ritiene di discostarsi dalle conclusioni del primo consulente, *salvo che*

¹¹²⁴ Ma v. i rilievi svolti *retro*, § 17.3.4, circa l’insufficienza della riforma.

¹¹²⁵ RUSSO, Marco, *Note sull'obbligo del giudice di motivare*, cit., 996.

¹¹²⁶ V. *retro*, §§ 17.3 ss.

¹¹²⁷ Sul concetto di *epistemic deference*, v. *retro*, § 17.2.5; sul profilo fiduciario della stessa, v. *infra*, Capitolo IV.

queste abbiano formato oggetto di preciso esame critico nell'ambito della nuova relazione peritale con considerazioni non specificamente contestate dalle parti»¹¹²⁸.

Ma se, da un lato, la pronuncia di legittimità può essere salutata con favore, quale correttivo di quella che – mancando ogni argomentazione – si sarebbe tentati di classificare come una chiara ipotesi di *biased assimilation*¹¹²⁹, dall'altro, gli incisi evidenziati suggeriscono che, nell'opposta ipotesi di mancata, specifica critica di parte, il giudice sia libero di scegliere la perizia che più gli aggrada.

Nulla di sconvolgente, certo: per la Francia, Dumoulin ha mostrato chiaramente che, finanche nell'ambito del rapporto di un *unico* consulente, i giudici esercitino spesso «*l'art de la pioche*», usando, del contenuto, solo gli elementi coerenti con il *proprio* convincimento¹¹³⁰; ed anzi, se la studiosa ha dovuto *inferire* tale conclusione, altri¹¹³¹ ha potuto raccogliere dichiarazioni espresse in questo senso¹¹³². Quanto all'Italia, se mancano ancora indagini sociologiche sul punto, la sostanziale ratifica di un comportamento del genere può leggersi in una pronuncia di legittimità¹¹³³, ove – quasi polemicamente – si ribadisce che «quali che siano le prassi, non sempre virtuose, seguite nei giudizi di merito, [...] il consulente tecnico, non essendo giudice, deve per l'appunto fornire chiarimenti che riguardano circostanze di fatto, o anche procedimenti logici, che richiedono cognizioni tecniche, lasciando poi al giudice, il quale utilizzerà nel modo più ragionevole e logico i

¹¹²⁸ Cass., Sez. lav., 15 gennaio 2014, n. 684, segnalata da GUARNIERI, Guarino (- GIOVANARDI, Carlo - LODOVICO, Giuseppe - TREGLIA, Giorgio), *Rassegna della Cassazione*, in *Lav. giur.*, 2014, 403-404, enfasi aggiunta.

¹¹²⁹ V. *retro*, §§ 17.1.3 e 17.2.4.

¹¹³⁰ Così, «[I]e juge [...] invoque tel ou tel passage de l'expertise pour soutenir son argumentation, défendre sa vision de la solution la plus adéquate. [...] La mobilisation d'extraits du rapport, placés entre guillemets ou au contraire intégrés tels quels dans la démonstration du juge, permet la construction d'un raisonnement autonome, inspiré de l'expertise mais non forcément calqué sur elle. [...] Mais [...] les emprunts m'impliquent pas une importation des solutions concomitamment proposées par l'expert»: DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 133 ss.

¹¹³¹ HERZOG-EVANS, Martine, *La perception de l'expertise par les JAP*, cit., 518

¹¹³² La più eclatante di tutte, inspiegabilmente assente dalla versione cartacea dell'articolo, è riportata in quella contenuta nella banca dati Dalloz.fr: «Après, moi, je prends ce qui me semble pertinent pour ma motivation. Donc si je dis que « monsieur présente un risque de récurrence important », je vais aller chercher dans l'expertise les éléments qui me permettent de dire ça, parce qu'il a « des traits psychopathiques », parce qu'il « consomme encore des produits stupéfiants », je vais prendre ça... Et souvent d'ailleurs, je pars de ce qui se passe au moment du débat, et je viens chercher dans l'expertise ce qui appuie mes impressions au moment du débat, en fait. Je vais dire « monsieur s'est comporté comme ça, comme ça, comme ça », « ça prouve bien qu'il n'a pas pris en compte les faits, qu'il n'a pas évolué, ce qui est confirmé par l'expertise » (JAP 1).

¹¹³³ Cass., Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 620, in *Foro it.*, 2013, I, 1186, con note di richiami.

chiarimenti ricevuti, di decidere. [...] Orbene la sentenza, dopo aver rilevato per l'appunto quelle che ritiene incongruenze o incertezze elusive della c.t.u., ha ritenuto che essa consentisse, attraverso il contenuto della sua relazione, di individuare le circostanze utili a decidere la causa». E la massima ufficiale riassume che «[o]ve il giudice rilevi che le conclusioni formulate dal consulente tecnico d'ufficio presentino incongruenze o incertezze, ciò non impedisce di individuare nella relazione le circostanze utili per la decisione della causa, né obbliga al rinnovamento degli accertamenti».

A ciò si aggiunga che, come la nomina¹¹³⁴, lo stesso accoglimento o rigetto della soluzione prospettata dall'*expert* dipende, talora, da quanto quest'ultimo sia capace di mostrarsi rispettoso dei ruoli, sicché «*des affirmations équivalentes pouvaient être inégalement reçues en raison de la façon dont elles étaient formulées mais aussi de la personne qui les avançait*»: e non manca, ancora nel lavoro di Dumoulin, la menzione della diversa reazione dello *stesso* giudice dinanzi a due valutazioni *equivalenti*, espresse da *diversi* esperti sulla *stessa* questione. Quella del primo esperto, per essere quest'ultimo apparso indugiare in valutazioni personali, è rigettata; la seconda, resa da qualcuno che ha saputo rimanere nei ranghi, è accolta¹¹³⁵.

Con buona pace del bisogno sistematico di «*epistemic nonarbitrariness*»¹¹³⁶.

17.4 La prospettiva economica: il principale e l'agente

Anche partendo dal punto di vista economico, il discorso va necessariamente bipartito. Con riferimento al fatto comune, infatti, se il contributo della psicologia risulta vitale al ridimensionamento della figura *mitica* del giudice, resta che, da un punto di vista squisitamente efficientistico, il *jury trial* appare perdere in partenza: se è vero che *tanto* il giudice, *quanto* i giurati, non sono particolarmente qualificati nell'attività di *fact finding*, è lampante la convenienza di riunire in un unico soggetto il potere di apprezzare sia il fatto che il diritto. Ogniqualvolta la capacità di comprensione degli accadimenti naturalistici, da parte del giudice, non richieda particolari conoscenze tecniche, ma il semplice utilizzo delle

¹¹³⁴ V. *retro*, § 17.3.2.

¹¹³⁵ Cfr. DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice*, cit., 174-175.

¹¹³⁶ V. *retro*, § 17.2.6.

capacità cognitive *comuni* ad ogni uomo, sdoppiare l'organo decidente non ha, infatti, alcun senso; ed anzi, se si tien conto dei costi di transazione, risulta finanche deleterio.

Ovviamente, il discorso di cui sopra resta valido nei limiti in cui non sussistano ragioni *ulteriori* al mantenimento della separazione tra *law* e *fact finder*.

In effetti, con riferimento al sistema statunitense, la questione è tangente quella dell'opportunità e/o necessità che il giudice sia tenuto a rispettare le FRE anche in assenza della giuria: infatti, come nota Damaska¹¹³⁷ – che pur concorda con Schauer¹¹³⁸ quanto alla *pars destruens* del discorso, ovvero, l'impossibilità di ritenere i giudici immuni da quegli stessi vizi che le disposizioni in materia probatoria sono volte a contrastare –, la sottoposizione del giudice alle stesse regole di esclusione può rivelarsi estremamente difficile in concreto. Fintantoché il medesimo soggetto abbia funzione sia di valutatore *ex ante* (dell'ammissibilità della prova) che di decisore (sulla base del materiale probatorio raccolto), infatti, risulta arduo immaginare che sia in grado di ignorare le informazioni, legalmente inammissibili, cui pur è stato esposto¹¹³⁹; e, come si è visto, l'idea è confermata dagli studi empirici disponibili. Di qui, del resto, l'idea di adibire a ciascuna fase (quella di ammissione e quella di valutazione) due giudici diversi¹¹⁴⁰, nonostante ciò sia chiaramente – e per stessa ammissione degli Autori della proposta¹¹⁴¹ – economicamente inefficiente. Non è un caso, allora, che l'identità del giudice sia – e da tempo – la norma nei Paesi *civilian* (soprattutto a seguito del già menzionato fenomeno di monocratizzazione dell'organo giudicante) e che anche i Paesi di *common law* cui prima l'idea era aliena, si siano progressivamente avvicinati alla stessa: fa, anzi, quasi sorridere che – solo nel 1997 – sia stata introdotta in Australia quella che viene definita come «*one of the most distinctive and significant models of case management to be found in an Australian superior court*», ovvero

¹¹³⁷ DAMAŠKA, Mirjan R., *The Jury and the Law of Evidence: Real and Imagined Interconnections*, in *Law, Prob. & Risk*, 2006, 262.

¹¹³⁸ SCHAUER, Frederick, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, cit.: v. *retro*, § 17.1.1.

¹¹³⁹ Sebbene in minor misura, il fenomeno può verificarsi anche nel processo *civilian*: si pensi ai documenti non allegati tempestivamente, ma ciononostante *infilati* «negli scritti conclusionali o nell'atto di appello»: per quanto «il giudice della decisione non po[ssa] esplicitamente tener[ne]», «è possibile, o forse inevitabile, che questo convincimento ne sia, di fatto, influenzato», e non solo per «quell'“interesse al raggiungimento della verità” del quale parlava la Relazione del 1940» e «per quella istintiva tendenza a “non buttare nulla” di quello che è comunque entrato nei fascicoli» – cfr. CAVALLONE, Bruno, *Istruzione probatoria e preclusioni*, cit., 1043 – ma forse anche, più prosaicamente, per semplice incapacità di dimenticarli: cfr. *retro*, § 17.1.1.

¹¹⁴⁰ WISTRICH, Andrew J. - GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J., *Can Judges Ignore Inadmissible Information*, cit., 1325.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, 1326.

l'*Individual Docket System*, nel quale – banalmente – «*each judge is responsible for the management of their own list of cases from commencement to finalisation*»¹¹⁴², e, quindi, «*should hear matters from beginning to end*»¹¹⁴³.

La stessa conclusione in punto di superfluità/antieconomicità della divisione del lavoro non può darsi, al contrario, quando la valutazione delle prove richieda competenze particolari: rispetto a queste ultime, in effetti, tanto il giudice quanto l'uomo della strada risultano inadeguati. Per definizione, infatti, chiunque si avvalga di un esperto, lo fa in quanto sfornito delle competenze che intende acquisire; fenomeno noto, in ambito economico, come rapporto di agenzia e che, a propria volta, dà luogo al c.d. *principal-agent problem*¹¹⁴⁴.

17.4.1 Il rapporto giudice-esperto come principal-agent problem

Il problema principale-agente si pone in innumerevoli occasioni della vita quotidiana, e, in particolare, in pressoché ogni transazione: se è rimasto celeberrimo l'articolo di Akrlof sul «mercato dei limoni»¹¹⁴⁵ (ovvero le auto di cattiva qualità, che possono essere vendute allo stesso prezzo di quelle migliori in quanto l'acquirente non è in grado di valutarle prima di averle possedute per un certo periodo di tempo), basti pensare più banalmente al caso delle assicurazioni sanitarie, laddove il potenziale assicurato possiede informazioni sulle proprie condizioni di salute sconosciute alla compagnia assicurativa. In tutti i casi, peraltro, la consapevolezza, da parte del principale, della propria posizione di svantaggio, fa sì che questi adegui il proprio comportamento strategico, in un circolo vizioso che può condurre, in assenza di correttivi esterni, alla fine del mercato.

Adattando la teoria economica alla questione che qui interessa, è evidente che il giudice (principale) conferisce al tecnico (agente) il mandato di compiere una determinata operazione, rispetto alla quale, tuttavia, il secondo possiede informazioni sconosciute al

¹¹⁴² SAGE, Caroline - WRIGHT, Ted - MORRIS, Carolyn, *Case Management Reform: A Study of the Federal Court's Individual Docket System*, Sydney, 2002, 1

¹¹⁴³ *Ibid.*, 3.

¹¹⁴⁴ Su cui v. EISENHARDT, Kathleen M., *Agency Theory: An Assessment and Review*, in *Ac. Man. R.*, 1989, 57 ss.; SHAPIRO, Susan P., *The Social Control of Impersonal Trust*, in *Am. J. Soc.*, 1987, 623 ss.; ARROW, Kenneth J., *The Economics of Agency*, Stanford, 1984; MITNIK, Barry M., voce «*Agency theory*», in COOPER, Cay L. (ed.), *Wiley Encyclopedia of Management*, 2014, su <https://onlinelibrary.wiley.com>

¹¹⁴⁵ AKERLOF, George A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Q. J. of Econ.*, 1970, 488 ss.

primo; ne deriva la possibilità, in linea teorica, di un duplice comportamento opportunistico. *Ex ante*, infatti, il consulente può mentire sulle proprie credenziali (in senso lato), onde ottenere l'incarico: è la c.d. *adverse selection*. *Ex post*, può fornire informazioni distorte e/o non veritiere, contando sull'impossibilità, per il principale, di verificare le proprie affermazioni; in tal caso, si parla di *moral hazard*.

Ora, se nel sistema *adversary* entrambi i problemi sono suscettibili di porsi in maniera simile tanto in relazione al *court-appointed expert*, quanto con riferimento agli *expert witness*, negli ordinamenti *civilian* la pratica parrebbe mitigare l'*adverse selection*: come visto, infatti, la prima nomina contiene un certo tasso di aleatorietà; d'altro canto, tuttavia, la tendenziale professionalizzazione dell'*expert judiciaire* fa sì che la scelta iniziale (buona o cattiva che sia, dal punto di vista delle competenze del consulente) tenda a ripetersi tralatiziamente. Il che non significa, però, che non sia configurabile un vero e proprio mercato degli esperti: semplicemente, esso è distorto da barriere all'ingresso ed asimmetrie informative.

Il *moral hazard*, invece, se già si manifesta con riferimento al(l'unico) consulente tecnico d'ufficio, si acuisce nel momento in cui il giudice è confrontato al parere di più esperti, come accade tipicamente nei sistemi ispirati al modello dell'*expert witness*, e come sempre più ampiamente si ritiene che possa (*rectius*: debba) avvenire negli ordinamenti europei, onde garantire il rispetto del contraddittorio anche nella formazione della «prova».

In tutti i casi, le criticità si accrescono in virtù di un ulteriore fenomeno: la *selective litigation*. Ricordando quanto già esposto¹¹⁴⁶ circa le ragioni alla base dell'opzione, esercitata dagli operatori, tra *litigation* e *transaction*, appare ovvio che le *divergent expectations* sull'esito del giudizio possano originare – oltre che, in punto di diritto, dagli orientamenti contrastanti delle Corti superiori – anche dall'oggettiva incertezza sul fatto¹¹⁴⁷. E, se questo è vero in generale, i casi difficili (ovvero proprio quelli in cui è maggiore il

¹¹⁴⁶ V. *retro*, § 3.1.

¹¹⁴⁷ La circostanza che le controversie che effettivamente sono portate innanzi al Giudice non siano rappresentative del totale è ben noto alla letteratura statunitense, almeno sin dall'articolo di PRIEST, George L. - KLEIN, Benjamin, *The Selection of Disputes for Litigation*, in *J. Legal St.*, 1984, 1 ss. Le cause reali, tuttavia, non trovano d'accordo tutti gli Autori: per una rassegna, e per una verifica empirica, che comunque conferma l'incidenza anche delle *divergent expectations*, v. LEDERMAN, Leandra, *Which Cases Go to Trial: An Empirical Study of Predictors of Failure to Settle?*, in *Case West. Res. L.R.*, 1999, 315 ss.

disaccordo tra esperti) sono «*disproportionately over-represented in court*», il che, a propria volta, «*enhances the perception that worthless wild-west testimony is rampant*»¹¹⁴⁸.

17.4.2 L'inapplicabilità delle soluzioni tradizionali al rapporto giudice-esperto

La cennata frequenza del *principal-agent problem* ha prevedibilmente generato un'ampia letteratura; ed è proprio traendo spunto dagli studi economici che Goodwin¹¹⁴⁹ tenta di risolvere il problema – generale – della fiducia negli esperti; ma la mancata focalizzazione specifica, da parte dell'autore, sull'apporto extragiuridico *nel processo* appare evidente laddove si considerino le soluzioni proposte¹¹⁵⁰. Anzitutto, infatti, può certamente escludersi l'applicabilità di un sistema di incentivi quali la compartecipazione dell'agente ai rischi e ai benefici o la richiesta a quest'ultimo una garanzia. L'idea che il giudice possa monitorare il lavoro del consulente mediante l'utilizzo di «*commonsense indicators*» o incaricare «*further agents who specilize in alleviating information asymmetries by assessing competencies and performances*»¹¹⁵¹ si espone, invece, alle critiche già ampiamente sviluppate in precedenza¹¹⁵².

Peraltro, se va ridimensionata l'idea che nella sussunzione del rapporto giudice-esperto nello schema del *principal-agent problem* possa rinvenirsi una facile via per la sua soluzione, la prospettiva economica consente di portare alla luce un aspetto generalmente trascurato nella letteratura giuridica: «*the problem arises not simply because the expert -in these terms, the agent- knows more about the subject than the principal who consults him about it. Instead [...], the principal/agent problem arises because the expert knows more about himself. In addition to the expert's first-order subject-matter knowledge, the expert also has unique access to second-order information about that knowledge: viz. how much he has, and how diligently he plans on applying it. This second-order information is what is*

¹¹⁴⁸ YEE, Kenton K., *Dueling experts and imperfect verification*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2008, 253.

¹¹⁴⁹ GOODWIN, Jean, *Trust in experts as a principal-agent problem*, in REED, Chris - TINDALE, Christopher W. (ed.), *Dialectics, Dialogue and Argumentation: An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning and Argument*, London, 2010, 133 ss.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 138.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² *V. retro*, § 17.2.5.

necessary to accurately assess expertise, and it is this information which the layperson consulting the expert inevitably lacks»¹¹⁵³.

Questa consapevolezza induce ad una impostazione diversa del problema: stante l'estrema difficoltà di verifica delle capacità reali dell'agente e la chiara impossibilità di un diretto *assessment* della sua sfera interna, l'indagine deve mirare, piuttosto, all'individuazione di caratteristiche e comportamenti *del principale*, suscettibili di indurre un maggior impegno (sotto il profilo tanto qualitativo, quanto quantitativo) del primo.

17.4.3 Giudice vs. (un) esperto: il modello di Oytana

A tal fine, appare utile muovere dal lavoro di Oytana, che, nell'ambito di un più ampio lavoro sull'analisi economica dell'*expertise judiciaire*¹¹⁵⁴, ha dedicato un intero capitolo alle interrelazioni tra il livello e la qualità, rispettivamente, del controllo del giudice e dello sforzo dell'esperto. In effetti, benché il modello di tale Autore prenda in considerazione il rapporto singolare giudice-(un) esperto, i risultati attinti si riveleranno sostanzialmente convergenti con quelli ricavabili dal modello di Cooper e Tomlin, di cui si discuterà di qui a poco¹¹⁵⁵.

Le premesse del ragionamento sono, in realtà, discutibili: per l'Autore, l'esperto sarebbe motivato da due fattori – la reputazione e la giustizia sociale della decisione¹¹⁵⁶ –, mentre il giudice ricaverebbe un beneficio solo dalla seconda¹¹⁵⁷; per entrambi, poi, l'utilità reale sarebbe data dalla differenza tra i rispettivi ricavi e sforzi (di ricerca, per il primo, e di controllo sull'operato dell'esperto, per il secondo)¹¹⁵⁸. Salvo tale ultimo, elementare, rilievo, e pur ammettendo che un certo numero di soggetti implicati nel processo sia mosso da una *vocazione missionaria* per la ricerca della verità, suscitano un certo scetticismo tanto l'idea che ciò che muove il giudice sia esclusivamente il benessere sociale, quanto quella della motivazione altruista del consulente¹¹⁵⁹.

¹¹⁵³ GOODWIN, Jean, *Trust in experts as a principal-agent problem*, cit., 137.

¹¹⁵⁴ OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, Thèse de doctorat, Besançon, 2013.

¹¹⁵⁵ V. *infra*, § 17.4.4.

¹¹⁵⁶ OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, cit., 133.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, 134.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, 133-135.

¹¹⁵⁹ In particolare, quanto a quest'ultimo, se è vero che il tendenziale *cost capping* degli onorari praticato dalle Corti potrebbe suggerire che gli iscritti all'albo siano spinti piuttosto da una volontà di collaborare

Inoltre, più in generale, lascia perplessi l'idea che il soggetto mosso da fini di ricerca della verità adegui il suo sforzo a quello dell'altro: in altri termini, il controllo del giudice sarebbe tanto minore quanto maggiore l'impegno del consulente, e viceversa. L'affermazione è certamente coerente con l'idea che gli individui naturalmente tentino di minimizzare lo sforzo onde raggiungere un determinato risultato (e, dunque, siano più che pronti a profittare dell'eventuale autoassunzione di una maggiore quota di onere ad opera di un altro soggetto, che punta allo stesso obiettivo). Ma, da un lato, l'asimmetria informativa circa i propositi dell'altro soggetto¹¹⁶⁰ sembra d'ostacolo alla predeterminazione di un livello di sforzo calibrato su di essi; dall'altro, la già espressa perplessità sull'ipotesi di partenza – i.e., l'eventualità di una spinta (solo) altruistica – induce a dubitare dell'applicabilità del modello alla realtà¹¹⁶¹.

Peraltro, la critica di alcuni degli assunti di base non sembra dover essere estesa all'intero ragionamento di Oytana: in effetti, se una diversa composizione e combinazione degli incentivi riferibili ai due soggetti può influire sui risultati cui egli giunge in punto di individuazione del livello ottimale di sforzo da richiedere loro al fine di assicurare la giustizia della decisione, è possibile richiamare utilmente alcune delle sue conclusioni intermedie.

In particolare, viene in rilievo l'analisi di «*una augmentation (ou d'une diminution) de l'efficacité de l'effort de contrôle du juge [...] sur les niveaux d'efforts du juge et de l'expert*»¹¹⁶², ovvero l'impatto di una variazione *qualitativa* delle capacità valutative del giudice sul lavoro proprio e su quello del consulente, quando quest'ultimo sia mosso (principalmente o esclusivamente) dalla reputazione. Ipotesi, quest'ultima, che pare

all'affermazione della giustizia, piuttosto che a fare dell'ufficio una fonte di reddito, non va dimenticato che – quantomeno in teoria – l'attività di consulente dovrebbe rappresentare solo una componente marginale di quella del professionista. Anzi, da questo punto di vista, la scarsa redditività del *munus* sembra rappresentare, piuttosto, un disincentivo all'impegno nello svolgimento del singolo incarico; ma si tratta di un problema che non è il caso di affrontare in questa sede.

¹¹⁶⁰ V. *retro*, § 17.4.2

¹¹⁶¹ Ad ogni modo, anche ad accogliere la prospettata tesi, l'effetto di un incremento della qualità del controllo del giudice non determina necessariamente un decremento dello sforzo del consulente *filantropo*, in quanto «*deux effets agissent en sens opposés. Premièrement, l'effet direct d'une augmentation de η est un accroissement de l'effort de recherche de l'expert. Deuxièmement, une augmentation de η a pour effet direct d'augmenter l'effort de contrôle du juge, et donc indirectement de diminuer l'effort de recherche de l'expert. Ainsi, le résultat d'une augmentation de l'efficacité de l'effort de contrôle du juge sur l'effort de recherche d'un expert principalement motivé par la justice sociale est ambigu*» : cfr. OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, cit., 150.

¹¹⁶² OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, cit., 147.

attagliarsi tanto alla realtà statunitense, quanto a quella continentale: se è vero che la preoccupazione per la propria reputazione è massima per i *repeated players*¹¹⁶³, la fondata prospettiva di reiterate nomine da parte del giudice pare accomunare i CTU agli *expert witnesses di professione* americani.

In primo luogo, tra qualità e quantità dello sforzo di controllo del giudice corre un rapporto di proporzionalità diretta, ma a senso unico: per usare le parole dell'Autore, «[p]lus la qualité de l'effort de contrôle du juge est importante, plus ce dernier est incité à réaliser un niveau d'effort important. Ce résultat montre un effet "auto-renforçant" de la qualité de l'effort de contrôle du juge (η) sur son niveau d'effort d'équilibre : plus le juge a de moyens à sa disposition, plus il est incité à réaliser un niveau d'effort élevé. Il n'y a a contrario pas d'effet de compensation, c'est-à-dire que le juge ne compense pas le manque de moyens mis à sa disposition par un niveau d'effort plus élevé. On a ainsi un double effet de η sur la probabilité de décision correcte. Une augmentation de η améliore la probabilité de décision correcte, premièrement en augmentant la probabilité avec laquelle une nouvelle information du juge est conforme à l'état de la nature (à niveau d'effort de contrôle du juge constant), et deuxièmement en augmentant le niveau de l'effort de contrôle d'équilibre du juge»¹¹⁶⁴.

Ciò che, in sostanza, conforta quanto sin qui sostenuto quanto alla correlazione tra qualità della decisione ed *expertise* del giudice; ma tale conclusione viene ulteriormente rafforzata laddove si consideri l'effetto (peraltro, duplice) che l'aumentata competenza dell'organo decidente ha sull'impegno del consulente: «deux effets agissent dans le même sens. Premièrement, une augmentation de η a un effet direct sur l'effort de recherche de l'expert, qui augmente. Deuxièmement, une augmentation de η a pour effet direct d'augmenter l'effort de contrôle du juge, et par cet intermédiaire d'augmenter indirectement l'effort de l'expert. Ces deux effets agissent dans le même sens : l'effort de recherche de l'expert, s'il est principalement motivé par sa réputation, augmente avec l'efficacité de l'effort de contrôle du juge»¹¹⁶⁵.

Nulla esclude, ovviamente, che il consulente nominato sia tanto poco competente da non poter colmare, mediante il solo sforzo, il *gap* di conoscenza necessario all'accertamento

¹¹⁶³ Cfr. POSNER, Richard A., *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, in *J. Ec. Persp.*, 1999, 94.

¹¹⁶⁴ OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, cit., 138.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, 150.

richiesto; né può dirsi eliminato il rischio di errore umano. Tuttavia, impregiudicato restando il problema della scelta del *technicien*, anche il ragionamento economico sembra indicare l'*expertise* del giudice quale (migliore, se non unico) correttivo possibile dell'asimmetria informativa che affetta il giudizio sul fatto tecnico-scientifico.

17.4.4 Competing experts: il modello di Cooper e Tomlin e il recupero del contraddittorio

Quando dalla relazione ristretta (in rapporto di 1:1) tra giudice e consulente si passi a considerare il contraddittorio scientifico tra *expert witnesses*, il modello va necessariamente complicato, ma il risultato ultimo non cambia, come dimostra il modello di Cooper e Tomlin¹¹⁶⁶ che, pur avendo ad oggetto specifico la liquidazione del danno il cui *an* sia già accertato, pare poter costituire la base di per considerazioni generalizzabili.

Cominciando dall'analisi della fattispecie presa in considerazione dagli Autori, è evidente che, dato un certo danno effettivamente verificatosi in natura, se entrambi gli esperti di parte fossero *unbiased*, e dunque fornissero una consulenza veritiera, la somma concretamente liquidata dal giudice sarebbe (se non pari, quantomeno) molto prossima al *true damage*; tuttavia, ciò non si dà nel processo, per una duplice ragione.

Anzitutto, in quanto lo scopo delle parti (e, in ipotesi, dei loro consulenti) non è necessariamente quello di addivenire all'accertamento della realtà materiale; il che – ipotizzando che il *claimant* abbia ragione –, se è certamente vero per il convenuto, che tenderà a minimizzare la somma da liquidarsi, lo è probabilmente anche per l'attore, che avrà invece ogni interesse a richiedere la cifra più alta possibile. Infatti, partendo dal presupposto che l'organo giudicante non sia in grado di distinguere tra «*good*» e «*bad evidence*»¹¹⁶⁷, la più semplice – anzi, *razionale* – delle euristiche diventa, per esso, il *baby-splitting*¹¹⁶⁸, ovvero la corresponsione, in sentenza, di una somma a metà strada tra quella richiesta dall'attore e quella affermata da convenuto. Di qui, evidentemente, l'interesse di

¹¹⁶⁶ COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *Expert Testimony, Daubert, and the Determination of Damages*, in *Rev. Law & Ec.*, 2008, 213 ss.; ma v. già ID., *When Should Judges Appoint Experts? A Law and Economics Perspective*, in *Bepress Legal Series. Working Paper 1699*, 2006, su <http://law.bepress.com/> (ultimo accesso: 26.06.19).

¹¹⁶⁷ YEE, Kenton K., *Dueling experts and imperfect verification*, cit., 246 ss.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, 251. Ovviamente, non è detto che sia così; ma non mancano evidenze empiriche in questo senso: cfr., ad esempio, GREENE, Edie - DOWNEY, Cheryl - GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, *Juror decisions about damages in employment discrimination cases*, in *Beh. Sc. & Law*, 1999, 116.

entrambi ad allontanarsi il più possibile dalla cifra reale, onde spostare il punto mediano in proprio favore: infatti, se le parti eccedessero – in aumento o in diminuzione – nella stessa misura, la determinazione finale del giudice riuscirebbe comunque piuttosto vicina alla realtà¹¹⁶⁹. Ad una tale condizione di partenza ostano, tuttavia, diversi fattori: anzitutto, nello specifico caso in cui si discuta di cifre, il convenuto è posto dinanzi ad un limite (lo zero, inteso quale negazione assoluta della pretesa) che, viceversa, l'attore non incontra, potendo la sua pretesa astrattamente assumere qualunque valore. Questi, dunque, può facilmente spostare l'ago della bilancia in proprio favore, beneficiando non solo della tendenza al *baby-splitting*, ma anche dell'effetto distorsivo dell'*anchoring*¹¹⁷⁰. D'altro canto, una volta che l'attore abbia deciso di discostarsi dal vero in misura non eccessiva, il convenuto beneficia della propria possibilità di giocare per secondo, sì da poter utilizzare ogni eventuale margine di manovra per spingere il punto mediano verso il basso.

Da quanto sopra consegue ulteriormente che, quand'anche una delle parti fosse effettivamente *unbiased*, il *bias* dell'altra condurrebbe – a seconda dei casi – alla liquidazione di danni eccessivi, o eccessivamente bassi. Così, anche in questo caso – come in materia di transazione¹¹⁷¹ – si ripete il dilemma del prigioniero¹¹⁷²: ciascuna parte (e, per essa, il suo esperto), non conoscendo il comportamento dell'altra, tenderà a fornire una prospettazione distorta della realtà, così giungendo invariabilmente ad un risultato subottimale¹¹⁷³.

Il problema diventa, dunque, quello di individuare un incentivo sufficientemente potente da indurre le parti ad una rappresentazione più vicina alla realtà; e la soluzione, una volta di più, risiede nella competenza dell'organo giudicante: «[t]here must be a sufficient

¹¹⁶⁹ COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *When Should Judges Appoint Experts?*, cit., 11.

¹¹⁷⁰ FAURE, Michael - VISSCHER, Louis, *The Role of Experts in Assessing Damages – A Law and Economics Account*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 2011, 392. V. anche *retro*, § 13.1.2.

¹¹⁷¹ V. *retro*, § 3.1.

¹¹⁷² FAURE, Michael - VISSCHER, Louis, *The Role of Experts in Assessing Damages*, cit., 386-387. Infatti, «the model produces a non-cooperative (“Nash”) equilibrium outcome in which expected damages are equal to true damages only when both players “play it safe” or, in other words, when both experts present unbiased testimony»: cfr. COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *When Should Judges Appoint Experts?*, cit., 20.

¹¹⁷³ Per «ottimo», in questo caso, si intende quello del sistema, che ha interesse alla liquidazione del danno effettivo (c.d. *pure economic loss*); tuttavia, dal punto di vista dell'analista economico del diritto, andrebbe piuttosto preso in considerazione il danno sociale. Infatti, ogniqualvolta l'ordinamento non sia in grado di assicurare il ristoro nel 100% dei casi, la prospettiva del puro risarcimento per equivalente non è sufficiente ad indurre gli operatori ad adottare l'adeguato livello di «care»; di qui, la giustificazione dei danni punitivi (cfr. FAURE, Michael - VISSCHER, Louis, *The Role of Experts in Assessing Damages*, cit., 376 ss.), rispetto ai quali, del resto, si è recentemente registrata l'apertura della Cassazione (cfr.)

*probability that the judge will exclude biased testimony in order for expected damages to be equal to "true" damages. It is not necessary that biased testimony be excluded with certainty in order to achieve unbiased expert testimony. Rather, the deterrent effect of a judge excluding biased testimony with a sufficiently high probability induces unbiased testimony»*¹¹⁷⁴. Certo, nulla assicura – ed anzi, appare piuttosto inverosimile – che ciò induca gli *expert witness* a convergere *esattamente* sulla stessa cifra; ciononostante, il timore di essere smascherati dal giudice-esperto, così vedendo la propria consulenza ritenuta inammissibile o comunque ignorata, tenderà a ridurre la distanza tra il danno reale e quello da essi prospettato. Così, posto che verosimilmente non ne avrà bisogno, il giudice-esperto, quand’anche dovesse finire per *split the baby*, si troverebbe a muoversi in un intorno molto più ristretto, con la verosimile conseguenza di accertare un danno (più) prossimo a quello reale.

Si potrà obiettare che la specifica questione considerata – che consente agli esperti e al giudice di muoversi in uno spazio che va da un minimo ad un massimo – abbia una tale natura eccezionale da non consentire di estendere l’argomento alle molteplici ipotesi in cui può venire in rilievo il sapere tecnico-scientifico. Ma, se si può convenire sull’irripetibilità del *medesimo* discorso ogniqualvolta non si tratti di una quantificazione¹¹⁷⁵, sembra chiaro che, fintantoché vi sia un soggetto deputato all’opzione tra l’ammissione o meno della prova esperta e, nel primo caso, alla sua valutazione, la migliore arma contro le allegazioni inattendibili sta nella capacità del giudice di riconoscerle; e che solo quest’ultima consente al contraddittorio di spiegare davvero quella funzione di mezzo di avvicinamento alla realtà dei fatti che suole riconoscerli.

Così, se devono confermarsi le già accennate¹¹⁷⁶ difficoltà di procedere ad un giudizio di prevalenza *in generale* del metodo inquisitorio su quello accusatorio (o viceversa), nell’ipotesi specifica dell’apporto extragiuridico al processo è possibile esprimersi in favore del secondo, non tanto per una presunta maggior completezza del quadro a disposizione dell’organo giudicante – essendosi dimostrata un’utopia l’idea

¹¹⁷⁴ COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *Expert Testimony*, cit., 225.

¹¹⁷⁵ Che non è necessariamente limitata al denaro: si pensi alla determinazione delle percentuali di invalidità in materia pensionistica. Per dirla con COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *When Should Judges Appoint Experts?*, cit., 13, in sostanza, il modello è applicabile *almeno* ogniqualvolta «*an expert opinion is not binary*» (i.e., del tipo «sì o no»).

¹¹⁷⁶ V. *retro*, § 17.1.4.

secondo la quale esso sarebbe *comunque* esposto alla verità, per il semplice motivo che quanto è omesso da una parte, verrebbe allegato dall'altra¹¹⁷⁷ –, quanto perché, a condizione che il giudice sia in grado di valutare il materiale che gli è posto innanzi, da un lato, la pluralità delle voci evita che il decisore abbia un unico parere cui ancorarsi e sul quale (verosimilmente) appiattirsi; dall'altro, la cautela delle parti rispetto ad allegazioni pretestuose finisce per delimitarne il *range* di scelta, e quindi di errore.

18. Transizione: la necessità di un giudice esperto

Se un dato può ritenersi acquisito a questo punto dell'indagine, questo è che, da qualunque lato si analizzi lo stato attuale del giudizio sul fatto tecnico-scientifico, esso non trova una giustificazione razionale: il giudice-giurista non è cognitivamente¹¹⁷⁸, né epistemicamente¹¹⁷⁹ superiore all'uomo comune, e la sua «legittima ignoranza» non può costituire né la base giustificativa della sua potestà sul giudizio di fatto¹¹⁸⁰, né un efficace deterrente¹¹⁸¹ ai tentativi di introdurre quella che, se non è necessariamente *junk science*, è comunque una conoscenza extragiuridica selettivamente utilizzata a fini argomentativi.

La conclusione, peraltro, nulla dice ancora sulle concrete modalità per giungere al risultato sperato. E, se nei Paesi anglosassoni la soluzione è frequentemente indicata nell'utilizzo di *court-appointed experts* e/o di *technical advisors*¹¹⁸², tali suggerimenti si

¹¹⁷⁷ È questa la tesi di YEE, Kenton K., *Dueling experts and imperfect verification*, cit., 246 ss., e di MILGROM, Paul - ROBERTS, John, *Relying on the Information of Interested Parties*, in *RAND J. of Econ.*, 1986, 18 ss.; ma, come notano FROEB, Luke M. - KOBAYASHI, Bruce H., *Naive, Biased, yet Bayesian: Can Juries Interpret Selectively Produced Evidence?*, in *J. Law, Econ. & Org.*, 1996, 260, «[w]hen evidence is costly to produce, and when parties must overcome bias, not all relevant information will be reported to the decisionmaker. Instead, the decision of how much evidence to produce depends on the costs, as well as the benefits, of producing evidence». Infatti, da un lato, la parte che sappia di essere favorita dal pregiudizio del decisore può stimare superfluo allegare determinate prove (una sorta di *free riding*); dall'altro, è possibile che il costo di produzione della prova sia eccessivo; in entrambi i casi, il risultato è un *deficit* informativo.

Froeb e Kobayashi, peraltro, basandosi sulla teoria del *baby-splitting* ed assumendo l'equidistanza delle allegazioni delle parti dal danno reale, giungono a conclusioni ottimistiche circa la capacità del giudice di giungere alla soluzione corretta; ma, visto quanto già esposto in questo paragrafo, non ci si può che unire allo scetticismo di COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *When Should Judges Appoint Experts?*, cit., 12, rispetto alla ricorrenza della condizione.

¹¹⁷⁸ V. *retro*, §§ 17.1 ss.

¹¹⁷⁹ V. *retro*, §§ 17.2 ss.

¹¹⁸⁰ V. *retro*, §§ 17.3 ss.

¹¹⁸¹ V. *retro*, §§ 17.4 ss.

¹¹⁸² COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *Expert Testimony*, cit., 225.

scontrano, il primo, con l'ancora irrisolto problema della *scelta* del *technicien* e del controllo sul suo operato – come testimonia, del resto, l'esperienza continentale del CTU – e, il secondo, con il possibile *vulnus* al contraddittorio che si è già evidenziato *retro*¹¹⁸³.

Alternativamente, e con riferimento a tutti i sistemi, apparirebbe logico proporre un maggiore *training* tecnico-scientifico dei giudici; così, se per Taruffo «la cultura media del giudice deve evolversi ed aggiornarsi in connessione con l'evoluzione delle metodologie scientifiche, affinché il giudice sia in grado di apprezzarne l'attendibilità e l'accettabilità»¹¹⁸⁴, Brewer più recisamente afferma che «[i]f legal systems are to endorse and aspire to satisfy the intellectual due process norms (and other related rule-of-law norms), they would be well advised to move toward a "two-hat" model of legal decisionmaking in areas to which scientific results are rationally pertinent. On this model, the system seeks to ensure that one and the same decisionmaker has both legal legitimacy (by being duly elected or appointed by a legitimate elective or appointing authority) and epistemic competence with the basic formal tools of scientific analysis»¹¹⁸⁵.

Ma l'idea, per quanto possa apparire sensata, è economicamente insostenibile: a meno di non voler lasciare alla buona volontà del singolo la sua istruzione extragiuridica (da effettuarsi, tra l'altro, caso per caso), se si concorda con l'idea che non esiste un addestramento tecnico-scientifico unico, e si considera la quantità delle discipline rispetto alle quali il giudice è un laico, appare evidente che la formazione istituzionale del giudice-esperto non potrebbe che essere parziale¹¹⁸⁶. Così, se già risulta difficile immaginare *in natura* un reclutamento sufficientemente diversificato da assicurare ad *ogni* controversia il giudice idoneo, un simile sforzo potrebbe avere un senso solo se accompagnato dalla creazione di tante Corti o sezioni specializzate quante sono le materie dello scibile (con i limiti già visti quanto a bacino d'utenza e distribuzione territoriale¹¹⁸⁷), oltre che

¹¹⁸³ V. *retro*, § 14.2.1, nota *****

¹¹⁸⁴ TARUFFO, Michele, voce «Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile», in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 4.

¹¹⁸⁵ BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, cit., 1677.

¹¹⁸⁶ In particolare, come nota PIRONI, Valeria, *Prove scientifiche e processo civile*, cit., 1269-1270, l'idea che il problema possa risolversi mediante «una maggiore sensibilità e preparazione epistemologica del giudice che gli consenta, senza sostituirsi all'esperto, di valutarne comunque le qualità e l'operato» si traduce «nella pretesa che il magistrato possieda una conoscenza media di tutte le scienze». Il che, oltre ad essere «obiettivamente impossibile», lascia spazio alla facile obiezione che «una "generale infarinatura" delle varie scienze sarebbe ben poco utile a fronte dell'utilizzo di metodiche scientifiche particolarmente complesse».

¹¹⁸⁷ V. *retro*, § 14.2.4.

dall'eliminazione del sistema delle rotazioni. Non è un caso, del resto, che limitatissime siano le ipotesi di giudici collegiali – ove ai togati si affiancano laici esperti – e di giudici-esperti (non giuristi): anticipando quanto ulteriormente si dirà¹¹⁸⁸, persino le esperienze di maggior successo risultano, infatti, così fortemente caratterizzate da rendere inverosimile una loro generalizzazione.

Eppure, se è improponibile un giudice «con due cappelli», forse non è così insensato pensare ad un giudice «con due teste».

¹¹⁸⁸ V. *infra*, Capitolo IV.

CAPITOLO IV - DAL GIUDICE *PERITUS PERITORUM*

AL PERITO GIUDICE

SOMMARIO : 19. Alla ricerca di un modello – 20. La *Science Court*: un sogno ricorrente mai divenuto realtà – 21. I *mixed tribunals* – 21.1 Le giurisdizioni di equità – 21.1.1 Il caso dei *Conseils de prud'hommes* – 21.2 L'assessorato esperto e le dinamiche di gruppo – 21.2.1 Il caso del Tribunale di sorveglianza italiano – 22. I collegi interamente esperti – 22.1 Il caso del *Tribunal de commerce* di Lione – 22.2 L'insufficienza della sola *expertise* – 23. L'esternalizzazione puntuale delle controversie tecnico-scientifiche: forme arbitrali e ruolo del consenso – 23.1 L'arbitrato dei consulenti tecnici – 23.2 Il *Court-annexed arbitration* – 23.2.1 Segue: la *Statutory Adjudication* – 23.2.2 Segue: la necessità di un'esternalizzazione a monte – 23.3 L'accertamento tecnico preventivo da cautela ad ADR – 23.3.1 Segue: in materia previdenziale – 23.3.2 Segue: in materia di responsabilità sanitaria – 24. Una sintesi di virtù: la *special jury*. – 24.1 La costituzionalità della *special jury*: negli Stati Uniti – 24.2 La costituzionalità della *special jury*: in Italia – 25. La *special jury* come modello: il giudice complesso – 26. Ragioni e modalità della riforma – 26.1 La divisione del lavoro imposta a garanzia del principio di uguaglianza – 26.1.1 Non solo scienza: la perizia giuridica – 26.2 La nomina di parte quale fondamento dell'*epistemic deference* – 26.2.1 La terzietà del giudice – 26.3 Il valore cogente della consulenza come risultato della legittimazione popolare e delle garanzie procedurali – 26.3.1 Il diritto di difesa – 26.3.2 Il principio di immediatezza – 26.3.3 Il principio del contraddittorio – 26.3.4 L'imparzialità del giudice – 26.3.5 L'impugnazione – 27. Conclusione

«*Ne supra crepidam sutor iudicaret*»¹¹⁸⁹.

19. Alla ricerca di un modello

Se il ricorso al consulente tecnico – o all'*expert witness* – rappresenta lo strumento più diffuso per l'introduzione del sapere tecnico-scientifico nel processo, esso non è l'unico: muovendosi in prospettiva diacronica e sincronica, infatti, si registrano casi in cui la soluzione elaborata dal legislatore è andata nel senso di rendere *giudice* il perito.

20. La *Science Court*: un sogno ricorrente mai divenuto realtà

Prima di analizzare i modelli che, indipendentemente dal proprio grado di successo, hanno quantomeno raggiunto il rango di istituto di diritto positivo, sembra opportuno menzionare – in ragione del dibattito che ha originato e delle risorse ed energie, anche

¹¹⁸⁹ PLINIO IL VECCHIO, *Naturalis historia*, XXXV, 85.

pubbliche, che negli anni sono state dedicate all'impresa – l'esperienza incompiuta della *Science Court* statunitense.

Con tale appellativo, in realtà non originario dell'autore, si è soliti richiamare l'idea avanzata da Kantrowitz¹¹⁹⁰, che, in un brevissimo articolo apparso alla fine degli anni '60, si limitava a suggerire al Congresso la creazione di «*an institution for scientific judgment*»¹¹⁹¹, cui fosse affidato il compito di «*the making of the great decisions which determine the rate and directions of progress*»¹¹⁹²: in sostanza, preso atto, da un lato, della sempre più frequente necessità, per il Governo, di effettuare scelte politiche «*which have an important scientific component – that is, which involve areas of science so new that no unanimity has been achieved in the scientific community and so important that the decisions inevitably have important political and perhaps moral implications*», e, dall'altro, dell'inadeguatezza degli strumenti fino ad allora utilizzati (*committees* composti da soggetti spesso direttamente coinvolti, scientificamente e politicamente, e sottratti al controllo dell'opinione pubblica), il fisico immaginava la creazione di un'istituzione indipendente, e quindi apolitica, e resa *accountable* dinanzi alla comunità (soprattutto scientifica) mediante la pubblicazione delle decisioni.

È evidente come la proposta mirasse a fronteggiare una ignoranza diffusa della scienza da parte dei *decisori pubblici in generale*, senza, quindi, occuparsi specificamente del tema dei rapporti tra processo e saperi tecnico-scientifici. Tuttavia, essa non solo si poneva in linea di continuità con i rilievi avanzati solo un anno prima da Korn, che lamentava la «*extreme tolerance for low-accuracy results*»¹¹⁹³ manifestata in materia dal *sistema giudiziario*, ma era destinata ad incontrare pure le osservazioni di chi – in maniera totalmente indipendente – era già giunto a conclusioni non dissimili da quelle sin qui sostenute, circa l'essenzialità di un contraddittorio innanzi ad esperti, perciò solo (e soli) capaci di superare i difetti intrinseci del modello *adversarial*, ivi incluso il fenomeno della *polarization*: in particolare, Mazur¹¹⁹⁴ riteneva necessario «*to allow the disagreeing experts to confront each other as adversaries before a panel of judges. These judges, who are not personally involved*

¹¹⁹⁰ KANTROWITZ, Arthur, *Proposal for an Institution for Scientific Judgement*, in *Sc.*, 1967, 763 ss. ; v. anche Id., *Controlling Technology Democratically*, in *Am. Sc.*, 1975, 505 ss.

¹¹⁹¹ KANTROWITZ, Arthur, *Proposal for an Institution for Scientific Judgement*, cit., 764.

¹¹⁹² *Ibid.*, 763.

¹¹⁹³ KORN, Harold L., *Law, Fact, and Science in the Courts*, in *Columbia L.R.*, 1966, 1115.

¹¹⁹⁴ MAZUR, Allan, *Disputes Between Experts*, in *Min.*, 1973, 262.

with either side, are presumably able to make a fairly objective, dispassionate decision on the merits of the argument. It is important to emphasize that the judges would not make a decision of policy such as whether or not to accept *x* cases of cancer for *y* amount of electricity. Such scientific and technological judges have no special wisdom or moral prerogative to decide how many cancers their society should accept. They might, however, be particularly qualified to make a purely technical scientific decision, such as whether or not *x* cases of cancer might occur in a population receiving *y* amount of radiation. The judges must be scientifically and technically competent, though they need not be specialists in the field of the adversaries. As the adversaries confronted each other, attacking and rebutting, points of disagreement would become clear. The natural process of polarization might even be helpful here since the opposing positions, pushed to their extremes, would be clearly contrasted. The judges might then be able to decide if either or both adversaries were wrong, or if the differences between them were legitimate, resting on points of irreducible ambiguity».

La proposta di Mazur¹¹⁹⁵, *ab origine* solo inconsapevolmente coincidente con quella di Kantrowitz, fu da quest'ultimo, in seguito, incorporata¹¹⁹⁶; ma, anche così integrato¹¹⁹⁷, il disegno del fisico non è andato esente da critiche, che, nel migliore dei casi, accusavano il progetto di essere «*profoundly naïve, internally inconsistent, and inherently unworkable*»¹¹⁹⁸ e, nel peggiore, di manifestare un approccio autoritario alla scienza, in stile orwelliano¹¹⁹⁹.

Tuttavia, con il sostegno governativo, esso è sembrata essere sul punto di tradursi in realtà: nel 1976, nel corso dell'Amministrazione Ford, una *Task Force* organizzata nell'ambito del *White House Office of Science and Technology Policy* fu incaricata di esaminare la proposta di Kantrowitz. Ne scaturì un *Interim Report*¹²⁰⁰ che, oltre ad incamerare la maggioranza dei suggerimenti del fisico e a chiarificarne alcuni aspetti,

¹¹⁹⁵ Nello stesso senso, THIBAUT, John - WALKER, Laurens A, *Theory of Procedure*, in *California L.R.*, 1978, 564, per i quali «[i]f questions of science and technology are at issue, the decisionmaker should be a scientist (or panel of scientists) who is fully capable of evaluating the particular claims in dispute».

¹¹⁹⁶ MAZUR, Allan, *The Science Court: Reminiscence and Retrospective*, in *RISK*, 1993, 163

¹¹⁹⁷ MAZUR, Allan, *Disputes Between Experts*, cit., 243 ss.

¹¹⁹⁸ BANKS, Robert S. - GERLACH, Luther P., *The Science Court Proposal in Retrospect: A Literature Review and Case Study*, in *CRC*, 1980, 128.

¹¹⁹⁹ NELKIN, Dorothy, *Thoughts on the Proposed Science Court*, in *Sc. Tech. Hum. Val.*, 1977, 20 e 25.

¹²⁰⁰ TASK FORCE OF THE PRESIDENTIAL ADVISORY GROUP ON ANTICIPATED ADVANCES IN SCIENCE AND TECHNOLOGY, *The Science Court Experiment: An Interim Report*, in *Sc.*, 1976, 653 ss.

annunciava un successivo *meeting* – poi tenutosi a Leesburg, Virginia, nel settembre dello stesso anno – aperto ad esponenti del mondo scientifico e giuridico, onde acquisire l’opinione del pubblico esperto. Neppure le numerose critiche avanzate in tale sede, peraltro, riuscirono a fermare il progetto di un *test case*; fu solo il cambio di esecutivo, con il conseguente venir meno dell’appoggio pubblico, a decretare la fine del progetto.

Negli anni successivi, l’idea – mai davvero dimenticata – è stata piuttosto richiamata come base per la proposizione di singole Corti altamente specializzate; la prospettiva di un’unica *Science Court* sembrava, dunque abbandonata. Eppure, proprio l’evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia di prova scientifica ha dato la stura alla riproposizione del progetto, stavolta – però – declinato in chiave squisitamente *giurisdizionale*.

Infatti, a fronte del nuovo ruolo di *gate-keeper* assunto dal giudice e degli studi successivi che hanno dimostrato l’inadeguatezza, Jurs¹²⁰¹ ha molto più recentemente proposto l’istituzione di una *article III Court of Scientific Jurisdiction* (CSJ), incaricata di «*to purify the scientific inquiry*»¹²⁰², disegnandone la disciplina tenendo conto delle critiche già avanzate al modello di Kantowitz: in sostanza, l’Autore immagina un’istituzione centralizzata per la risoluzione delle controversie ad alto tasso di tecnicità, la cui competenza andrebbe individuata secondo rigidi criteri, tali da evitare sia l’ingolfamento della stessa, sia un carico di lavoro insufficiente al raggiungimento della «*critical mass*” of expertise and cases necessary to achieve success»¹²⁰³. Ai giudici, scelti tra quelli esperti nei «*neighboring fields*» rispetto a quelli interessati dalla controversia – «[t]o balance the need for expertise against the problem of preconceived notions when adjudicating issues in a particular field»¹²⁰⁴ – dovrebbe in ogni caso affiancarsi la giuria, la correttezza del cui giudizio sarebbe assicurata dalla capacità dei primi di fare in modo che ai giurati pervenga solo «*the best, legally admissible and vetted scientific evidence*»¹²⁰⁵.

¹²⁰¹ JURIS, Andrew W., *Science Court: Past Proposals, Current Considerations, and a Suggested Structure*, in *Virginia J. Law & Tech.*, 2010, 1 ss.

¹²⁰² *Ibid.*, 28.

¹²⁰³ *Ibid.*, 30.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, 32.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, 35.

Non è difficile riconoscere, nelle argomentazioni addotte a sostegno della proposta, alcuni dei tradizionali benefici tradizionalmente ricondotti ad ogni Corte specializzata¹²⁰⁶: maggiore efficienza, dovuta alla spendibilità delle conoscenze acquisite in un caso in una moltitudine di casi successivi (con contestuale risparmio di tempo e risorse per le Corti generaliste, spesso richieste di acquisire «*skills [that] often are not re-used*»¹²⁰⁷); accresciute *accuracy* delle decisioni e coerenza delle stesse. A ciò l'Autore aggiunge il rispetto delle garanzie del *due process* – compreso il mantenimento della giuria, reso possibile, nonostante la complessità della materia, dal ruolo realmente e *causa cognita* selettivo delle informazioni da parte del giudice –, e la riduzione degli effetti negativi dell'*adversarialism*, in quanto, mentre di norma «*the evidence presented by the parties represents the sum of the information before the court*», i membri della CSJ potrebbero integrare il materiale mediante la propria «*separate expertise*», con il risultato di conferire alla Corte «*the potential to more accurately reflect the state of knowledge rather than those issues and principles encased within the boundaries drawn by partisan experts*»¹²⁰⁸.

Anche con gli accorgimenti suggeriti da Jurs, il modello si espone a numerose critiche: anzitutto, posta la sicura impraticabilità dell'edificazione di un'unica Corte competente a giudicare su *qualunque* oggetto extragiuridico – e dal punto di vista dell'ingolfamento certo di una simile giurisdizione, e da quello dell'*expertise* dei giudici da adibirvi –, è pure chiaro che qualunque delimitazione della *jurisdictio* si tradurrebbe in un trattamento ingiustificatamente differenziato tra casi *comunque* involgenti questioni tecnico-scientifiche. D'altro canto, la moltiplicazione degli uffici – in ipotesi, tutti ugualmente competenti – oltre a determinare il venir meno della ricercata uniformità di giudizio, dovrebbe fare i conti con il solito bilanciamento tra variabili logistiche ed esigenze garantistiche di prossimità¹²⁰⁹; senza contare che la scissione degli organi deputati alla valutazione del fatto e a quella del diritto risulterebbe in una sostanziale duplicazione dei costi, tanto per l'Amministrazione giudiziaria, quanto – verosimilmente – per le parti.

Quanto, poi, alla selezione dei giudici, riesce in primo luogo inconcepibile riunire in un'unica sede soggetti dotati delle competenze necessarie alla risoluzione di qualunque tipo

¹²⁰⁶ V. *retro*, §§ 13 ss.

¹²⁰⁷ JURS, Andrew W., *Science Court*, cit., 36.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, 38.

¹²⁰⁹ V. *retro*, § 14.2.4.

di controversia scientifica: salvo a voler credere all'unità della Scienza, cosa che neppure Beecher-Monas si è mai spinta ad affermare¹²¹⁰. A ciò si aggiunga che l'usuale – e, come già visto¹²¹¹, sostanzialmente priva di basi scientifiche – diffidenza rispetto alla capacità degli esperti di mantenersi imparziali risulta ancora una volta venefica: così, ammesso anche di poter garantire la presenza, nell'Organo, di professionalità adeguate... l'obiettivo di ottenere una valutazione esperta su ciascuna questione verrebbe sostanzialmente vanificato dall'esclusione dalla rosa dei giudicanti proprio dei soggetti più idonei allo scopo¹²¹².

Ad ogni modo, il dibattito in materia tra gli *scholars* statunitensi sembra essersi interrotto; e, per quanto non siano da escludere futuri *revivals* della proposta, essa pare suscettibile di fornire indicazione utili solo in negativo, quale testimonianza dell'impraticabilità di una scissione *organica* tra giudice del fatto e giudice del diritto.

21. I *mixed tribunals*

Non pare casuale, del resto, che il modello maggiormente praticato – in Europa, ma non solo – sia quello delle giurisdizioni specializzate, territorialmente diffuse e, di norma, collegiali, onde consentire la presenza, nel *panel*, di giuristi e laici esperti.

21.1 *Le giurisdizioni di equità*

In realtà, il fenomeno origina più spesso dalla volontà di consentire la partecipazione laica (*tout court*) all'amministrazione della giustizia, piuttosto che ad acquisire conoscenze ulteriori rispetto a quelle già detenute dal magistrato ordinario. Infatti, sul piano internazionale, se la giuria civile è scarsamente diffusa, i *mixed tribunals* sono spesso visti come una (più o meno diretta) evoluzione di tale istituto: basti pensare che, nel modello tripartito seguito per l'istituzione, negli anni '60, degli *Industrial tribunals* (oggi *Employment tribunals*) anglosassoni, «[t]he original idea was that when tribunals are

¹²¹⁰ V. *retro*, § 17.2.4.

¹²¹¹ V. *retro*, 13.1.2.

¹²¹² Quanto, infine, alla ritenzione della giuria – espressamente motivata dalla necessità di garantire in ogni caso il rispetto del *due process* –, la garanzia si rivela solo di facciata: una volta che si affidi al giudice il compito di valutare a monte le prove migliori, è piuttosto prevedibile che ai giurati verrebbero somministrate solo quelle corrispondenti al convincimento del giudice; ma allora, piuttosto che una forma ufficiosa di *directed verdict*, non sarebbe più semplice evitare il ricorso all'istituto?

considering issues such as discipline and dismissal they should act as an industrial jury with the lay members drawing on their practical experiences of the world of work»¹²¹³. E, d'altro canto, gli stessi collegi dei probiviri italiani erano articolati in un «Ufficio di conciliazione per il componimento amichevole delle controversie» ed in una «Giuria», la cui composizione (un presidente, due industriali e due operai¹²¹⁴) non si discosta da quella di molti attuali *employment mixed tribunals* europei.

Eppure, a parità di *ratio* non corrisponde identità di *tecnica*: mentre il *jury trial* vede una netta ripartizione dei ruoli, una recente indagine storica e comparatistica¹²¹⁵ – volta a riproporre, nel campo del contenzioso lavoristico italiano, l'idea di «una modifica della composizione dell'ufficio giudicante, consistente nell'affiancamento al magistrato di due giudici non togati, eletti rispettivamente dai rappresentanti sindacali dei lavoratori e degli imprenditori»¹²¹⁶, al fine di «avvicinare» l'organo giudicante «alla realtà del mondo del lavoro e ridurre la possibilità di sentenze “aberranti” rispetto alla logica del sistema delle relazioni industriali»¹²¹⁷ – evidenzia come il modello adottato a livello europeo, al netto di deviazioni di dettaglio nella nomina dei componenti laici, sia invariabilmente quello del *collegio* «a formazione mista o eterogenea»¹²¹⁸. Il che può anche in qualche misura comprendersi, laddove si consideri la funzione svolta dai due membri laici, che, traslando al livello dell'organo giudicante la rappresentazione degli interessi delle categorie (datoriale e

¹²¹³ Cosicché, laddove, come sempre più spesso avviene oggi, «*employments judges sit alone they will no longer be able to take advantage of the expert views of lay members with respect to how reasonable employers can be expected to behave*»: cfr. WELCH, Roger, *The Coalition Government and the Lifting of the Floor of Individual Employment Rights*, in WILLIAMS, Steve - SCOTT, Peter (eds.), *Employment Relations under Coalition Government: The UK Experience, 2010-2015*, New York, 2016, 95. V. anche HEPPLÉ, Bob, *Back to the Future: Employment Law under the Coalition Government*, in *Industrial L.J.*, 2013, 42(3), 212, che, sulla base della propria ventennale esperienza come *chairman* in tali tribunali, conferma il ruolo «cruciale» dei membri laici «*in resolving factual disputes and in applying the common sense of an 'industrial jury' to the issue of unfairness*».

¹²¹⁴ Per un approfondimento, v. SIGILLÒ MASSARA, Giuseppe, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Torino 2017, 4 ss.

¹²¹⁵ GANDINI, Fabrizio, *Il giudice necessario? Brevi riflessioni sul giudice togato e monocratico quale giudice inevitabile del rito lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 1, 17 ss. Ma anche MACHURA, Stefan, *Civil Justice: Lay Judges in the EU Countries*, in *Oñati*, 2016, 235 ss., nota la diversità di struttura affermatasi in Europa.

¹²¹⁶ ICHINO, Pietro, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano 1996, 116.

¹²¹⁷ *Ibid.*, 175. L'a., peraltro, individua anche un risvolto pragmatico nel coinvolgimento dei soggetti (laici ma) esperti, cui «potrebbe, tra l'altro, essere affidato il compito della “cogestione tecnica” delle somme dovute al lavoratore».

¹²¹⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 47.

impiegatizia) di cui sono espressione, richiamano la figura del collegio arbitrale nominato in base alla clausola binaria, con il componente togato nella veste di *chairman*.

Ma proprio il carattere *lato sensu* arbitrale, unitamente alle istanze di cui sono portatori i giudici laici, conduce all'inefficienza del modello: esemplare è, in tal senso, l'esperienza dei *Conseils de prud'hommes*, che è solo eventualmente integrato dal presidente del tribunale, la cui funzione sembra quindi maggiormente assimilabile a quella dell'*umpire* inglese¹²¹⁹.

21.1.1 Il caso dei *Conseils de prud'hommes*

Come noto¹²²⁰, l'ordinamento francese ripartisce la competenza in primo grado in materia civile tra *juridictions de droit commun* (a competenza generale) e *juridictions d'exception*¹²²¹; tra queste, la giurisdizione del lavoro condivide la fama con i *Tribunaux de commerce* (TC), che storicamente la precedono: benché le loro origini siano talora ricondotte sino all'antichità greca, e per quanto essi trovino di sicuro un precedente nei *Tribunaux de foire* medioevali, le prime giurisdizioni commerciali permanenti appaiono nel XVI secolo: a Tolosa nel 1549, a Rouen nel 1556, a Parigi nel 1563¹²²². I *Conseils de prud'hommes* (CPH) sono, invece, più recenti: il primo viene istituito a Lione l'8 marzo 1806, mentre quello di Parigi data 1845¹²²³.

¹²¹⁹ Cfr. s. 21 *Arbitration Act* 1996. V. anche la s. 93 dello stesso *Act*, in base alla quale «[a] judge of the Commercial Court or an official referee may, if in all the circumstances he thinks fit, accept appointment as [...] umpire by or by virtue of an arbitration agreement».

¹²²⁰ V. FANFANI, Guido, *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 936 ss.; SILVESTRI, Elisabetta, *Note in tema di giudici speciali e «juges d'exception»*, *ivi*, 1992, 509 ss.

¹²²¹ Attualmente, *Tribunaux de commerce*, *Conseils de prud'hommes* e *Tribunaux paritaires des baux ruraux*. I *Tribunaux des affaires de sécurité sociale*, i *Tribunaux du contentieux de l'incapacité* e le *Commissions départementales d'aide sociale*, tra i quali era ripartito il *contentieux social*, sono stati soppressi, e le relative competenze trasferite ai *Tribunaux de grande instance*, dal primo gennaio 2019.

¹²²² SCHMIDT, Dominique, *Rapport introductif*, in CONSEIL DE L'EUROPE, *La justice commerciale. Actes de la Reunion multilaterale organisée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec la Fondation du Japon, l'Union européenne des magistrats statuant en matière commerciale et le Centre régional de formation professionnelle des avocats d'Alsace*, Strasbourg, 1996, 11. Quanto all'Italia, v. COMOGLIO P., *Il giudice specializzato in materia d'impresa*, *cit.*, 28 ss. (testo e note).

¹²²³ LEMERCIER, Claire, *Comment peut-on être prud'homme ? Les facettes du mandat à Paris avant 1870*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008, 27-28. Il modello francese, a seguito delle conquiste napoleoniche, venne esportato in Germania (cfr. VILLEBRUN, Jacques - QUETANT, Guy-Patrice, *Les juridictions du Travail en Europe*, Paris, 1992, 11 ss.), Belgio (*ibid.*, 26 ss.), Lussemburgo (*ibid.*, 121 ss.). Un sistema di *échevinage* è stato istituito anche in Danimarca (*ibid.*, 45 ss.), Gran Bretagna (*ibid.*, 80 ss.), Irlanda (*ibid.*, 98 ss.), Portogallo (*ibid.*, 138 ss.), Principato di Monaco (*ibid.*, 147 ss.), in alcuni cantoni svizzeri (*ibid.*, 160 ss.).

L'accostamento delle due giurisdizioni – in realtà diversissime per composizione, tipo di contenzioso, e *performances* – ha un senso nella misura in cui deve riconoscersi che esse condividono (quello che appare all'occhio straniero come) lo stupefacente risultato di essere sopravvissute al periodo giacobino, contrario ad ogni particolarismo; ciò che si spiega, secondo Lemercier, per la loro capacità di iscriversi negli ideali rivoluzionari della giustizia – elettiva, rapida, di qualità e poco costosa – e per la loro *expertise* in campo economico, di fronte a delle «*administrations centrales [qui avaient] un personnel et des moyens limités et admettent[taient] leur manque de compétence en matière de commerce et d'industrie*»¹²²⁴. In effetti, benché all'osservatore contemporaneo esse appaiano palesemente espressione di una giustizia corporativa, lo sviluppo di un'autentica coscienza di classe, nell'ambito delle *juridictions d'exception*, si manifesta molto più tardi.

Ciò è tanto più vero per la giurisdizione lavoristica, rispetto alla quale la riforma del 1979 sembra essere stata la *causa*, piuttosto che l'effetto, della politicizzazione dell'istituto. La *loi Boulin*, infatti, «*contribuant à “judiciariser” l'institution, [...] contribu[ait] dans le même temps à en faire un enjeu centrale sur le plan syndical, ne serait-ce que par l'importance accrue donnée aux élections prud'homales*»¹²²⁵. Queste ultime, infatti, avevano finito per trasformarsi in un fenomeno mediatico comparabile alle elezioni politiche, che poneva in secondo piano la qualità di organi giurisdizionali dei *Conseils*: nelle stesse liste stilate in vista delle elezioni, l'«*aspect de compétence technique, pourtant indispensable à toute activité prud'homale, [était] souvent mise de côté [...] au profit de la seule pertinence syndicale et représentative des conseillers*»¹²²⁶; non stupisce, quindi, che, tra le caratteristiche ricercate nei candidati, la preparazione giuridica si piazzasse all'ultimo posto¹²²⁷.

¹²²⁴ LEMERCIER, Claire, *Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution d'frontières judiciaires*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *La justice au risque des profanes*, Amiens, 2007, 109-110; ID., *Comment peut-on être prud'homme ?*, cit., 30.

¹²²⁵ HAMELIN, David, *L'ancrage local de la justice du travail: le conseil des prud'hommes de Poitiers 1968-1979*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes*, cit., 57.

¹²²⁶ WILLEMEZ, Laurent, *Le sens d'une élection et les frontières de la justice. Les controverses autour des élections prud'homales*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *La justice au risque des profanes*, cit., 28.

¹²²⁷ L'obiettivo essendo quello di trovare «*les candidats adhèrent le mieux aux normes prud'homales, c'est-à-dire à la fois des militants fidèles, des syndicalistes qui son encore dans l'entreprise et des individus qui détiennent ou sont en mesure d'acquérir des connaissances juridiques*»: cfr. WILLEMEZ, Laurent, *Le sens d'une élection et les frontières de la justice*, cit., 27.

Sotto altro profilo, è interessante notare come il discorso sull'*échevinage généralisé* – ovvero, la stabile composizione dispari dei *Conseils*, con presidenza invariabilmente attribuita ad un magistrato togato, in luogo del ricorso a quest'ultimo come semplice *départiteur* –, infine non riuscito, fosse motivato da ragioni che si ritrovano tal quali in materia di arbitrato, laddove si discute dell'imparzialità degli arbitri di parte, quando la nomina avvenga secondo la clausola binaria¹²²⁸. Basti leggere un estratto dei dibattiti del 5 ottobre 1978 in Assemblea nazionale:

«M. Jean Foyer, président de la commission : [...] *il ne s'agit pas d'élire des représentants, des délégués qui auraient en quelque sorte la mission de défendre certains intérêts en face d'autres intérêts.*

Plusieurs députés communistes et socialistes : *Mais si !*

M. Jean Foyer, président de la commission : [...] *il s'agit de désigner par voie d'élection des juges qui, une fois élus, doivent oublier qu'ils ont été désignés par tel ou tel collègue, et qui doivent appliquer le droit et faire justice aux plaideurs qui se présentent devant eux*»¹²²⁹.

Ora, se l'interruzione dei deputati comunisti e socialisti appare sintomatica di una reale esigenza di un *échevinage*, al fine di impedire eventuali *blocages* dovuti all'incancrenirsi delle posizioni “politiche” dei consiglieri, la realtà sembra paradossalmente consigliare la presidenza stabile da parte di un giudice togato per combattere il fenomeno inverso, ovvero quello di una sorta di “negoziazione” del giudizio ad opera dei giudici profani: infatti, nell'ottica dei *conseillers*, «*un partage de voix [...] voulait dire qu'on devait faire appel à un juge d'instance président du tribunal d'instance qui refaisait le jugement*» ed era dunque visto come «*un constat d'échec*», come tale da evitare¹²³⁰. Incredibilmente, la dottrina francese si limita a riportare aneddoticamente questa e simili affermazioni; eppure,

A (solo) parziale correttivo, dal 2017 i *conseillers prud'homaux* non sono più eletti, ma nominati congiuntamente dal Ministro della giustizia e dal Ministre del lavoro, su proposta dei sindacati: cfr. *Ordonnance n° 2016-388 du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes*.

¹²²⁸ V., *ex multis*, TARUFFO, Michele, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, 481 ss; CONSOLO, Claudio, *La ricsuzione dell'arbitro*, *ivi*, 1998, 17; SALVANESCHI, Laura, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss.

¹²²⁹ ASSEMBLEE NATIONALE, *2^{ème} séance du 5 octobre 1978*, 5650, disponibile su <http://archives.assemblee-nationale.fr>.

¹²³⁰ Estratto della dichiarazione di Noël Augé, *conseiller patronal* e presidente del CPH di Poitiers nel 1979, riportata da HAMELIN, David, *L'ancrage local de la justice du travail*, cit., 51. La circostanza, del resto, è già segnalata da FANFANI, Guido, *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, cit., 955.

appare naturale osservare che una tale attitudine, se può essere certamente utile ad attenuare le distanze in sede conciliativa, rischia di produrre una *giustizia di compromesso* quando, fallite le trattative, si tratti di decidere la controversia¹²³¹. Anzi, non è forse azzardato ricollegare l'enorme tasso di impugnazione e di riforma delle pronunce dei CPH (rispettivamente, il 67% e 71,7%)¹²³² a tale circostanza, più che alla proverbiale – ma non necessariamente rispondente alla realtà – mancanza di competenze giuridiche dei *prud'hommes*.

In effetti, se è vero che gli studi sociologici mostrano tra i consiglieri un'eterogeneità di cultura giuridica tale da impedire un discorso unitario – essendovi, accanto agli autodidatti del diritto, anche soggetti in riconversione professionale, “delusi” degli esami per ottenere l'abilitazione all'esercizio della professione forense (CAPA) e professionisti che già esercitano nel campo giuridico e per i quali la *prud'homie* rappresenta una sorta di prolungamento militante delle proprie mansioni¹²³³ –, i responsabili delle organizzazioni sindacali e professionali «[b]iens qu'ils insistent sur les connaissances juridiques et la maîtrise du droit dont doivent faire preuve les conseillers prud'hommes, ils stigmatisent dès que possible ceux qui témoignent d'une trop grande “professionnalisation” juridique et en oublieraient la dimension syndicale de leur rôle»¹²³⁴. Di qui, la tendenza a rinnovare il più possibile le liste, e quindi a scartare i candidati – i c.d. *permanents syndicaux* dal lato dei lavoratori, i pensionati da quello dei datori di lavoro – che, in virtù dell'esercizio sistematico e di lunga data e del tempo consacrato all'attività *prud'homale*, sarebbero i più adatti a rivestire il ruolo giudicante, ma risultano per gli stessi motivi delegittimati – dal punto di vista sindacale – in virtù della loro lontananza dal mondo dell'impresa¹²³⁵.

¹²³¹ Vero è che la mancata previsione della possibilità di manifestare opinioni dissenzienti, in Italia come in Francia, fa sì che spesso «la deliberazione collegiale [sia] l'ovvio frutto di mediazioni e compromessi tra valutazioni differenti in fatto e opinioni differenti in diritto»: cfr. ASPRELLA, Cristina, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, 2012, 199. Ciononostante, sembra ragionevole ipotizzare che simili antagonismi in sede di decisione siano statisticamente più frequenti in un collegio *fisiologicamente* eterogeneo, quale il *Conseil de prud'hommes*.

¹²³² I dati sono ripresi da STOLOWY, Nicole - BROCHIER, Matthieu, *France's commercial courts: administration of justice by ordinary citizens*, in *J. Business Law*, 2017, 1, 19.

¹²³³ WILLEMEZ, Laurent, *Activité judiciaire et trajectoires juridiques. Les conseillers prud'hommes et le droit du travail*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes*, cit., 126-129.

¹²³⁴ BRUGNOT, Thomas - PORTE, Emmanuel, *La transmission du savoir-faire prud'homal : formation syndicale et rôle des pairs*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes*, cit., 182-183.

¹²³⁵ MICHEL, Hélène, *L'expérience professionnelle des conseillers prud'hommes. Usages et enjeux d'une compétence « de terrain »*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes*, cit., 172-175.

Peraltro, concorre a spiegare il forte ricambio anche la circostanza che la funzione di *conseiller* rappresenta solitamente l'apice del *cursus honorum* nel quadro dell'attività sindacale del singolo¹²³⁶; il che finisce tuttavia, e paradossalmente, per suscitare ancora più dubbi quanto al grado di rappresentatività dei soggetti effettivamente eletti, essendo i consiglieri mediamente più anziani e più istruiti della popolazione attiva, ed occupando posizioni più prestigiose nel quadro aziendale¹²³⁷ (tanto da lasciar sorgere il sospetto di esser più vicini alle posizioni dei padroni che non dei salariati).

Dinanzi ad una simile, intricata coesistenza di ragioni (più o meno) giustificative della perdurante conservazione dei *Conseils* – cui non è certo estranea la gratuità della carica –, peraltro contrapposta a dei risultati pratici modesti, può già dubitarsi che l'esportazione del modello possa risultare adeguata ai fini che ci si propone in questa sede. Inoltre, anche a prescindere dalla concreta esperienza francese, e dunque considerando l'*échevinage* eventuale *in astratto*, esso appare, anzitutto, ipotizzabile solo rispetto a controversie che contrappongano sistematicamente due categorie soggettive individuate, altrimenti non riuscendosi ad individuare alcun senso nella composizione pari(taria) dell'organo; in secondo luogo, ed ammesso di poter ipotizzare un campo di applicazione ulteriore rispetto a quello dei rapporti lavoratore-datore di lavoro, la concreta possibilità che le dinamiche interne conducano, alternativamente, all'assunzione, ad opera dei membri, di un comportamento da arbitro di parte (in senso lato) o al fenomeno della negoziazione della decisione, lascia presagire la necessità di un intervento *départiteur* sistematico. Il che, rendendo *di fatto* il Tribunale-modello *écheviné*, finisce per tradursi nell'ennesima ipotesi di collegio misto, di cui si mostreranno subito i limiti.

21.2 L'assessorato esperto e le dinamiche di gruppo

Infatti, quando la partecipazione laica non miri (tanto, o – comunque – solo) a «costringe[re] [...] la lotta di classe a elaborare essa stessa i rimedi che devon guarirla»¹²³⁸, ma ad integrare le conoscenze *tecniche* dell'organo decidente – come è il caso del *Tribunal*

¹²³⁶ Al 2008, i *conseillers* affiliati da meno di 4 anni rappresentavano meno di 1/6 del totale: v. VERRIER, Benoît, *Les conseillers prud'hommes: des syndicalistes «éprouvés»*, in MICHEL H. - WILLEMEZ L., *Les prud'hommes*, cit., 106.

¹²³⁷ DELACOURT, Diane - GALLEMAND, Florence, *Les conseillers prud'hommes aujourd'hui: morphologie d'un groupe*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes*, cit., 73 ss.

¹²³⁸ CALAMANDREI, Piero, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 37.

de commerce belga, o quelli francesi dell'Alsazia e Mosella e dei dipartimenti d'*outré mer*, in cui ciascuna *chambre* è composta da un *juge professionnel* e due *juges consulaires* –, il modello suscita dubbi quanto alla propria razionalità: in essi, fatti salvi i casi di decisione unanime, la mancata ripartizione di attribuzioni tra i membri determina spesso la pretermissione di una delle due competenze rappresentate. Infatti, nel tipico modello costituito da un giudice togato e due laici, la prevalenza dei secondi fa sì che essi possano mettere in minoranza l'unico giurista del collegio, anche relativamente alla soluzione di stretto diritto; mentre, in caso di divergenza di opinioni tra i due tecnici quanto all'ambito della comune *expertise*, l'ago della bilancia si identifica nell'unico componente... non esperto.

Più in generale, poi, la critica può essere estesa a tutti i casi basati sull'assessorato, la cui diffusione a livello europeo – come ha messo in luce un recente studio – è ben più estesa di quanto comunemente si creda¹²³⁹. Certo, molto spesso il fenomeno non è tanto inteso alla specializzazione dell'organo, quanto espressione di istanze di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, risultando preferibile rispetto alla giuria sotto diversi profili, a cominciare dal numero più contenuto e dalla stabilità della nomina dei giudici laici, che non si espongono, quindi, alle lungaggini della selezione dei giurati e guadagnano, nel tempo, una certa familiarità con l'incarico.

Peraltro, nonostante le difficoltà nel separare i due aspetti, esempi di strutture peculiari, intese a contemperare rappresentatività ed *expertise*, non mancano: ad esempio, nell'ordinamento norvegese le parti hanno il *diritto* di ottenere l'integrazione del collegio con membri laici e la *possibilità* di stimolare il giudice a nominare, in quanto tali, degli *esperti*; ciò che rappresenta, secondo la lettera della legge, piuttosto un potere-dovere, precisandosi che alla richiesta la Corte deve dar seguito quando ciò appaia «*required for the proper conduct of the case*»¹²⁴⁰. Un meccanismo, quindi, astrattamente in grado di rispondere tanto ad esigenze di specializzazione epistemica, quanto di flessibilità.

¹²³⁹ MACHURA, Stefan, *Civil Justice*, cit., 235 ss.

¹²⁴⁰ Con riferimento alla *main hearing*, la *section 9-12(1-3) Dispute Act*, prevede che «*the court shall sit with two lay judges in addition to the professional judge or the professional judges if requested by one of the parties or deemed by the court to be desirable*». I giudici laici «*shall be expert lay judges if required for the proper conduct of the case*»; in tal caso, essi «*shall be appointed to ensure that they have the expertise suited to the case. Lay judges with different expertise may be appointed. A person may only be appointed as lay judge with legal expertise if nominated by both parties*».

Ma tale soluzione, come tutte quelle relative ai giudici misti, si espone ad un rilievo: «panels of lay and professional judges face a particular challenge that juries do not. For lay and professional judges the opportunity to participate meaningfully depends on the personality of the presiding judge. If they are inclined to do so, presiding judges (professional and lay) can often curtail the rights of all side judges, professional and lay [...] Years of professional experience in combination with the specific rights the president has to facilitate the proceedings, provide the professional presiding judge with instruments to dominate the other court members. In a mixed court, this affects lay judges and junior professional judges. The lay judges may be silenced in court and their views not heard during deliberations»¹²⁴¹.

Tali constatazioni sono tutt'altro che stupefacenti, per chiunque abbia una minima conoscenza di *group-decision making theories*: come è stato efficacemente sintetizzato, «[m]embers with high status in a group will be given more opportunities to contribute, and their contributions are more likely to receive favorable reactions from others. Prior studies on the interaction in small groups clearly support the status characteristics theory, as individuals with higher status are more likely to interrupt, be successful in interrupting when they interact with lower status individuals, speak first during interactions, and talk quickly and loudly»¹²⁴².

Certamente, la sistematica verifica di tali fenomeni nei collegi deliberanti non può essere provata, stante il segreto della camera di consiglio; né è possibile affermare con certezza che le medesime dinamiche si ripetano indifferentemente con riguardo ai semplici laici e ai laici esperti; d'altro canto, la circostanza che finanche i membri *professionali* più giovani possano subire lo stesso trattamento suggerisce una certa generalizzazione del fenomeno; inoltre, dalle (rare) testimonianze fornite dagli stessi protagonisti sembrano potersi trarre elementi in questo senso. Ciò che lascia immaginare il rischio che la volontà

Quanto all'*oral final hearing*, in base alla *section 10-3(3)*, «[i]f requested within one week after the court received the reply and the proper conduct of the case makes it desirable, the court shall sit with two expert lay judges».

¹²⁴¹ MACHURA, Stefan, *Civil Justice*, cit., 243, ove ulteriori riferimenti a studi empirici a suffragio.

¹²⁴² KUTNJAK IVKOVIC, Sanja, *Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2007, 439, ove ulteriori riferimenti. V. anche, nello stesso senso, DRISKELL, James E. - MULLEN, Brian, *Status, Expectations, and Behavior: A Meta-Analytic Review and Test of the Theory*, in *Pers. Soc. Psych. Bull.*, 1990, 541 ss.; MULLEN, Brian - SALAS, Eduardo - DRISKELL, James E., *Saliency, motivation, and artefact as contributions to the relation between participation rate and leadership*, in *J. Exp. Soc. Psych.*, 1989, 545 ss.

del legislatore, anche quando univocamente e (in astratto) adeguatamente diretta ad assicurare un contributo pluridisciplinare alla decisione, possa venir vanificata in dipendenza della personalità del giudice.

A questo proposito, vale la pena menzionare un'esperienza edita maturata nell'ambito del Tribunale di sorveglianza¹²⁴³.

21.2.1 Il caso del Tribunale di sorveglianza italiano

La composizione di quest'ultimo – ai sensi degli artt. 70, comma 3° e 80, comma 4°, ord. pen. – è integrata da laici scelti tra esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché tra docenti di scienze criminalistiche. Tali requisiti trovano ulteriore specificazione nella Circolare n. 19/VA/2018 recante “Criteri per la nomina e conferma degli esperti dei Tribunali di sorveglianza per il triennio 2020-2022”¹²⁴⁴: in particolare, enfatizzato l'uso dei termini «professionista» ed «esperto», l'art. 2, comma 5, richiede, ai fini della nomina, che il titolo di studio sia accompagnato da «una specifica esperienza professionale [...] attuale o, comunque, recente e dimostrativa del perdurare di competenze e sensibilità qualificate»; i successivi artt. 5 e 6 disciplinano le modalità di presentazione della domanda – ove vanno attestati «i titoli di studio posseduti con l'indicazione specifica del voto conseguito; le attività svolte; la partecipazione a corsi e seminari anche in qualità di relatore o docente; le pubblicazioni effettuate» [art. 5, comma 8, lett. c)] – ed il procedimento di nomina e conferma, affidato ad «una Commissione composta dai magistrati di sorveglianza del distretto e da due esperti dell'ufficio estratti a sorte tra coloro che non hanno presentato domanda di conferma nell'incarico»¹²⁴⁵ (art. 6, comma 1). L'intera disciplina è volta, come dichiarato in premessa, a «non disperdere la qualificata esperienza acquisita dagli esperti, garantendo il pluralismo delle competenze, senza mortificare in ogni caso l'ingresso di nuove figure, funzionale al necessario avvicendamento degli apporti e delle sensibilità culturali».

¹²⁴³ La scelta di tale Ufficio potrebbe certamente apparire infelice, non tanto (o, comunque, non solo) per la sua estraneità alla giurisdizione civile, quanto piuttosto per i dubbi relativi alla sua appartenenza *naturale* alla giurisdizione *tout court*. Tuttavia, al di là del merito della scelta del legislatore, non pare revocabile in dubbio che il Tribunale di sorveglianza rappresenti un *panel* misto con decisione collegiale e che, quindi, quanto a dinamiche interne, possa essere assunto ad esponente del *tipo*.

¹²⁴⁴ Previsioni quasi sovrapponibili sono dettate dalla Circolare 18/VA/2018, sui “Criteri per la nomina e conferma dei giudici onorari minorili per il triennio 2020 -2022”.

¹²⁴⁵ Ma «[n]el caso in cui non ricorrano tali ipotesi la Commissione è validamente costituita con la sola presenza dei componenti togati».

Sulla carta, niente da eccepire¹²⁴⁶; ma tutto rischia di rivelarsi inutile, se le dinamiche interne del collegio assumono forme patologiche. Tra queste, come riporta Bianchetti, v'è quella significativamente definita – con terminologia scacchistica – dell'«arrocco», che «si verifica quando il collegio smette di funzionare come organo decisionale e di confronto di opinioni diverse e, per opera di un componente qualsiasi del gruppo, muta repentinamente il proprio assetto. Il collegio, in tali situazioni, si scinde solitamente in due – a volte, ma non sempre, con giudici togati da una parte e giudici laici dall'altra –, facendo sorgere una netta contrapposizione, ad esempio, tra aspetti prettamente giuridici ed aspetti terapeutici e/o trattamentali della questione. In questi casi, il rischio che ne deriva è quello che le argomentazioni dei singoli componenti o della “coppia/diade” che si è venuta a creare si vadano ad ancorare, più che sulla sostanza del *thema decidendum*, sulla posizione che si è presa, rendendo sterile il discorso ed improduttivo il confronto»¹²⁴⁷. All'estremo opposto, ma ugualmente deleterio è quell'«atteggiamento che caratterizza di solito la dinamica grupale nei casi in cui le personalità “più forti” dei componenti del collegio tendono a predominare e, quindi, ad imporsi sulle altre, relegando queste ultime al ruolo di meri gregari della situazione»¹²⁴⁸; e non è difficile immaginare *chi* faccia la parte del leone.

Da un'unica testimonianza non può evidentemente ricavarsi una regola generale; e tuttavia, sembrerebbe potersi affermare che l'unico modo per garantire *con certezza* l'apporto specialistico alla risoluzione delle controversie tecniche sia quello di devolverle interamente agli esperti¹²⁴⁹; ciò che ha *talora* dimostrato di funzionare, ma che è dubbio possa rappresentare una soluzione generalizzabile.

¹²⁴⁶ In effetti, anche dal punto di vista della specializzazione giuridica, il modello del Tribunale di sorveglianza farebbe felici i puristi, posto che «[i] magistrati che esercitano funzioni di sorveglianza non debbono essere adibiti ad altre funzioni giudiziarie»: cfr. art. 68, comma 4, ord. pen.

¹²⁴⁷ BIANCHETTI, Raffaele, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del Tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2016, 4.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, 5.

¹²⁴⁹ In sostanza, se non può addebitarsi alla disciplina legislativa di essere causa delle disfunzioni attuali, essa non pare capace di impedire (quello che appare come) il naturale atteggiarsi dei rapporti infragruppo; di qui la considerazione che, se l'obiettivo è quello di assicurare l'apporto esperto, esso parrebbe poter essere perseguito solo mediante una composizione tecnica dell'intero gruppo. Tuttavia, come si vedrà in prosieguo, neppure tale sistema riesce appagante: di qui, anticipando le conclusioni che si trarranno, l'idea di attribuire a ciascuna componente – sia essa mono o pluripersonale – un ruolo definito ed inespropriabile.

22. I collegi interamente esperti

In realtà, l'unico organo integrato nella giurisdizione statale che – a quanto consta – riunisce i caratteri della collegialità e della stabilità della devoluzione a soggetti scelti in quanto esperti è costituito dal *Tribunal de commerce* francese, interamente composto da *juges consulaires*¹²⁵⁰. Si tratta, indubbiamente, della *jurisdiction d'exception* più performante: in effetti, è impressionante constatare come – a fronte della “impreparazione” dei suoi giudici –, non solo la durata media dei procedimenti innanzi alle giurisdizioni consolari si riveli sensibilmente inferiore rispetto a quella registrata in tutte le altre (4 mesi per i *juges consulaires*, 7,1 per i giudici “ordinari” e 13,3 per i *conseillers prud'hommes*), ma le sentenze rese in materia commerciale vengano appellate solo nel 13,2% e riformate nel 4% dei casi (contro, rispettivamente, il 19,7% e il 54% di quelle dei *Tribunaux d'instance* e – come già riportato¹²⁵¹ – il 67% e 71,7% dei *Conseils de prud'hommes*)¹²⁵². Infatti, benché si sia già notato¹²⁵³ che dati quali il tasso di impugnazione e il tasso di riforma delle pronunce non appaiano idonei ad assurgere ad indicatori assoluti di efficienza, quest'ultimo sembra qui molto più indicativo: infatti, fintantoché il giudice del controllo abbia *istituzionalmente* lo stesso bagaglio di conoscenze di quello la cui opera è sottoposta a scrutinio, solo una maggiore qualificazione del primo – che, come s'è visto, non è assicurata dai meccanismi di progressione di carriera dei magistrati – consente di desumere con un certo grado di sicurezza che il tasso di *reversal* sia indicativo della scarsa qualità della sentenza impugnata¹²⁵⁴. Il discorso, invece, può essere diverso in relazione all'appello avverso le decisioni del *Tribunal de commerce*, in quanto decise dalla (unica) *Cour d'appel*, organo non specializzato ed interamente composto da magistrati togati¹²⁵⁵.

¹²⁵⁰ Va, tuttavia, precisato che l'istituto – che ha poi ispirato l'omologo belga – ha in Francia mantenuto il proprio forte significato simbolico di giustizia dei pari: v. l'ampio lavoro di LEMERCIER, Claire, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*, Dossier pour l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2012, disponibile su TEL (thèses-en-ligne): <https://tel.archives-ouvertes.fr>.

¹²⁵¹ V. *retro*, § 21.1.1.

¹²⁵² V., ancora, STOLOWY, Nicole - BROCHIER, Matthieu, *France's commercial courts*, cit., 19.

¹²⁵³ V. *retro*, Capitolo I.

¹²⁵⁴ In questo senso, sebbene meno esplicitamente, VERDE, Giovanni, *Diritto processuale civile. 2. Processo di cognizione*⁵, cit., 175.

¹²⁵⁵ Il che, del resto, non contraddice alle esigenze di specializzazione manifestate dall'istituzione di una *jurisdiction d'exception* in primo grado, in quanto, come si è visto *retro*, Capitolo II, «[t]he typically narrow

Quanto, poi, alla circostanza che ben poche siano le sentenze commerciali a finire davanti al giudice di II grado, essa sembra strettamente legata a due peculiarità della giurisdizione consolare: da un lato, il particolare rapporto di immedesimazione tra *juge* e *justiciable* sembra dare contenuto reale a quella «fittizia corporazione di persone»¹²⁵⁶ in cui Mazzarella identificava la «formazione sociale elementare»¹²⁵⁷ tra parti e arbitro, nell'ambito della propria costruzione sociologica del fenomeno arbitrale; dall'altro, si può ipotizzare che una delle ragioni della *performance* positiva dei *Tribunaux de commerce* risieda nell'adozione, da parte degli stessi, di alcune di quelle strategie di *copying* già identificate da Shanteau come (più o meno consapevolmente) adottate dagli esperti al fine di sopperire al rischio di *overconfidence*; tra queste, come si ricorderà, si annoverano la particolare attenzione prestata all'esplicitazione del ragionamento (che, in campo giudiziario, può tradursi con la stesura della motivazione) e il confronto con gli altri¹²⁵⁸.

22.1 Il caso del Tribunal de commerce di Lione

Sotto quest'ultimo profilo, l'intuizione appare confermata da una ricerca condotta sul *Tribunal de commerce* di Parigi, i cui risultati suggeriscono che esso sia «une organisation de type knowledge intensive soucieuse de la "qualité" de la production de ses membres»¹²⁵⁹, come tale fortemente incentrata sul *partage de compétences* tra giudici: «[L]e conseil est une ressource importante dans les organisations knowledge intensive en général. Dans un grand tribunal, il est une denrée particulièrement vitale, nécessaire pour plusieurs raisons. Le travail des juges consiste souvent à trancher des problèmes juridiques complexes [...]. Du fait de cette complexité, un juge individuel ne maîtrise pas toujours entièrement toutes les composantes d'une décision qu'il doit prendre. En situation d'incertitude, il est confronté à des flots d'informations dont il ne contrôle pas toujours seul la valeur et la pertinence. [...] Il en résulte une nécessité de travailler en contact avec les autres juges du tribunal,

role of the reviewing tribunal on questions of fact and discretion radically diminishes the value of specialized expertise»: cfr. LEGOMSKY, Stephen J., *Specialized Justice*, cit., 24

¹²⁵⁶ MAZZARELLA, Ferdinando, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968, 22.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, 20.

¹²⁵⁸ V. *retro*, §§ 13.1.2 e 13.1.3.

¹²⁵⁹ LAZEGA, Emmanuel - MOUNIER, Lise, *Quête de statut social, partage des compétences et néo-corporatisme chez les juges du Tribunal de Commerce de Paris*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent (dir.), *La justice au risque des profanes*, cit., 91.

d'échanger des idées»¹²⁶⁰ ; ciò che concretamente avviene, in primo luogo, nell'ambito dello stesso collegio deliberante, ma non solo. Infatti, benché le risposte siano variegatae, in media ogni giudice ha indicato il nome di 8 colleghi ai quali, «*hors délibéré*», ha avuto occasione – non si precisa con quale frequenza – di domandare un parere; e ciascuno è, a propria volta, menzionato da un pari numero di *juges consulaires* (sebbene sia identificabile una piccola «*élite de “juges de référence”*»)»¹²⁶¹.

Il *focus* sulla giurisdizione parigina, ovviamente, non consente di estendere automaticamente i risultati al di fuori di tale realtà; tuttavia, onde testare la sensazione che il *controllo qualità* rappresenti piuttosto di un'attitudine diffusa nell'ambito della giustizia commerciale, si è proceduto ad un'intervista del Presidente del *Tribunal de commerce* di Lione, M. Michel Thomas¹²⁶², e, con la collaborazione del *greffe* del Tribunale, alla somministrazione di un questionario ai *juges consulaires* ivi addetti. Nonostante la prima richiesta – pervenuta via mail – sia stata seguita da due *follow-ups*, il tasso di risposta registrato è molto basso: su 69 giudici, solo 15 hanno proceduto alla compilazione; di qui, l'impossibilità di procedere ad affermazioni sicure, stante il concreto rischio che le percentuali ottenute siano falsate dal c.d. *nonresponse bias*¹²⁶³.

Ciononostante, almeno in alcuni casi, la convergenza delle opinioni sembra degna di menzione, come mostra la seguente tabella di sintesi delle risposte¹²⁶⁴.

Notation	1	2	3	4	5
D1. Application du droit					

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ *Ibid.*, 92

¹²⁶² In data 21 dicembre 2018.

¹²⁶³ Il fenomeno è, purtroppo, ben conosciuto nel campo delle scienze sociali: v., in materia, TOURANGEAU, Roger - PLEWES, Thomas J. (eds.), *Nonresponse in Social Science Surveys. A Research Agenda*, Washington D.C., 2013, www.nap.edu.

¹²⁶⁴ Le affermazioni sono state organizzate, per argomento, in 5 gruppi; ai rispondenti è stato richiesto di indicare, accanto a ciascuna, il grado di rispondenza della stessa al proprio convincimento, da un minimo (1) ad un massimo (5). Si è, poi, lasciato uno spazio per eventuali commenti.

In fine, si è posta una domanda aperta, quanto alle motivazioni che hanno spinto i rispondenti a dedicarsi alla giurisdizione consolare, posto che la carica è totalmente gratuita e l'impegno richiesto rischia di impattare negativamente sull'attività d'impresa. Molti hanno menzionato la volontà di partecipare al « *service public de la justice* » (Q1, Q2, Q3, Q6, Q7, Q8, Q10, Q11, Q15), cui mettere a disposizione la propria *expertise* (Q3), «*en apportant un éclairage le plus réaliste possible aux situations présentées*» (Q11), spesso una volta raggiunta l'età pensionabile (Q6, Q7, Q14). D'altro canto, le competenze giuridiche acquisite – talora per la prima volta (Q4, Q5, Q7), anche solo per curiosità intellettuale (Q9) – nello svolgimento della funzione consolare sono stimate utili a quanti contemporaneamente sono in attività (Q13).

Je me méfie de la jurisprudence : je préfère baser mes décisions sur le Code	6	5	1	1	2
Je n'applique la jurisprudence que lorsque je partage la solution envisagée par elle	8	2	2	2	1
Parfois je trouve la loi injuste et j'aimerais bien juger selon l'équité, mais je me tiens au texte		1	6	4	4
Parfois je trouve la loi injuste et je préfère juger selon l'équité	12	1	1		1

D2. Rapports avec les collègues

Je bénéficie de l'avis de mes collègues, même sur des questions portant sur mon domaine d'expertise		2	2	2	10
Je ne demande l'avis de mes collègues que sur des questions ne portant pas sur mon domaine d'expertise	11		1	3	
Je ne demande jamais l'avis de mes collègues	15				

D3. Conditions de travail

Je trouve que mon travail est répétitif et, donc, ennuyeux	13	2			
Je trouve que mon travail est répétitif, mais cela me permet de travailler plus vite	10	3	1	1	
Mon expertise me permet de résoudre assez vite tout litige	3	6	3	2	1

D4. Formation

Je n'ai pas besoin de travailler ma formation juridique car mon activité professionnelle me permet d'être toujours informé des nouveautés législatives ou réglementaires	8	6	1		
L'ENM assure une formation juridique correspondant à mes besoins	1		5	6	3
Je dois intégrer la formation juridique assurée par le TC avec des études personnelles	3	3	3	3	2

D5. Motivation des jugements

La motivation est une partie importante, voire fondamentale, du jugement					15
Rédiger la motivation prend trop de temps	5	6		2	2
Rédiger la motivation prend davantage de temps que décider	1	2	2	4	6
Dans le but de réduire les délais du procès, il serait utile d'éliminer l'obligation, pour le juge, de motiver les jugements	14		1		

Così, appare interessante notare, in primo luogo, come *nessuno* dei rispondenti affermi di non aver mai fatto ricorso al parere altrui: anzi, la maggioranza dichiara di trarre beneficio dall'*avis* dei colleghi *anche* nelle materie di propria competenza (gruppo D2)¹²⁶⁵.

Il confronto, del resto, non è solo preventivo, ma – quantomeno nella prassi invalsa nel Tribunale sotto la presidenza di M Thomas – si rinviene, in forma istituzionalizzata, anche a valle, grazie al sistematico controllo della motivazione *in itinere*: onde garantire che

¹²⁶⁵ Del resto, «[o]n ne peut être expert en tout» (Q5); d'altro canto, l'*expertise*, più che consentire una risoluzione rapida – per precognizione – «*facilite le raisonnement*» (Q2) e permette di identificare «*plus vite* [...] *l'essentiel*» (Q5, Q14).

il *jugement* sia intellegibile al *justiciable*, ciascun Presidente di collegio rilegge tutte le decisioni redatte dai membri dello stesso; le sentenze la cui stesura è affidata ai presidenti di collegio sono controllate dai Presidenti di sezione; quelle scritte da questi ultimi vengono verificate – a campione – dal Presidente del Tribunale. E, qualora il testo risulti insoddisfacente, l'autore viene invitato ad un colloquio informale, onde discutere delle modifiche da apportarvi.

Per quanto non sia chiaro se una simile dedizione sia causa o effetto del ruolo riconosciuto alla motivazione, essa trova certamente riscontro coerente nelle risposte fornite dai giudici in materia: se i consiglieri si dividono quanto alla stima del tempo (assoluto o relativo) necessario per l'incombente – molti ritenendo che esso sia maggiore di quello impiegato per deliberare e taluno che richieda, semplicemente, «*trop de temps*» –, tutti ne riconoscono il valore fondamentale. L'idea di eliminare l'obbligo di motivazione in funzione di celerità – rappresentata ai rispondenti nella consapevolezza della nota idea, discussa in Italia, di istituire la motivazione a richiesta¹²⁶⁶ – è rigettata da 14 giudici su 15 (gruppo D5).

Infine, un ultimo dato sembra tendenzialmente smentire l'idea del *professional bias*: mentre una buona parte dei rispondenti esclude una correlazione diretta ed automatica tra competenze personali maturate nell'ambito del proprio settore di expertise e rapidità nella risoluzione delle controversie, nessuno lamenta l'eccessiva ripetitività del proprio lavoro (gruppo D3): al contrario, come evidenziato dai commenti, le attività richieste – che, oltre al contenzioso, spaziano dall'assistenza alle imprese in crisi alla conciliazione – risultano sufficientemente diversificate da escludere la *noia*.

22.2 L'insufficienza della sola expertise

Ora, se è vero che «*la légitimité est plus un sentiment qu'une conformité à la norme. La légitimité tient à la réception favorable par le corps social. Une institution est légitime si elle est ressentie comme telle par les justiciables*»¹²⁶⁷, l'alto tasso di adeguamento spontaneo alle decisioni rese dai *juges consulaires* – unito alla nomina elettiva – sembrerebbero rendere la giurisdizione commerciale francese un esempio da imitare. Ed

¹²⁶⁶ Su cui v. AULETTA, Ferruccio, *Motivazione opzionale?*, in Aa.Vv., *Nuovo processo civile e Giudice unico. La giustizia civile tra crisi e riforme. Atti del Convegno. Napoli, 6-7-8 novembre 1998*, Napoli, 2000, 178 s.; CHIARLONI, Sergio, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1020-1024; ID., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 138; PORRECA, Paolo, *La cosiddetta motivazione a richiesta nei giudizi civili*, in *Corr. giur.*, 2011, 705 ss.

¹²⁶⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *La légitimité des juridictions consulaires*, in KRYNEN, Jacques - RAIBAUT, Jacques (dir.), *La Légitimité des Juges*, cit., 178

invece, tali caratteri – mantenutisi stabili nel tempo – non sono mai valsi a metterla al riparo da critiche, anche spietate, e tentativi di riforma¹²⁶⁸; del resto, al di là degli eccessi, manifestatisi da un lato e dall'altro, può comprendersi che l'esistenza di una giurisdizione specializzata venga sempre più avvertita come un anacronistico privilegio di casta: non solo è venuta largamente meno la specificità del diritto commerciale come *droit coutumier*, conosciuto dai soli operatori, ma anch'esso – come tanti altri rami del diritto – è andato diversificandosi e complicandosi, sì da necessitare una preparazione specialistica della quale i dirigenti d'impresa non possono ritenersi dotati in quanto tali.

A tale situazione non pare aver portato adeguato rimedio la *loi J21*, che ha introdotto un nuovo art. L. 722-17 *Code de commerce*, che impone ai giudici consolari di seguire «*une formation initiale et une formation continue organisées dans des conditions fixées par décret*», salvo essere «*réputé[s] démissionnaire[s]*»: le formazioni, fornite dall'*Ecole Nationale de la Magistrature*, sono infatti limitate ad una decina di giorni per il primo anno e ad 1-5 giorni per quelli successivi¹²⁶⁹. Il rilievo sembra, del resto, comune agli stessi *juges consulaires*: benché, come avvertito, le risposte raccolte con riferimento ai gruppi di domanda D1 e D4 risultino le meno indicative – stante l'eterogeneità dei pareri espressi, in rapporto all'esiguo numero di partecipanti –, esse ricevono conferme indirette da parte di altre fonti. Così, se dai questionari si evince che l'impegno – almeno nelle dichiarazioni – mostrato verso l'applicazione del diritto (comprensivo anche della giurisprudenza), anche quando percepito come ingiusto (gruppo D1), si accompagna ad una consapevolezza circa l'insufficienza delle sole proprie conoscenze professionali al fine di *trancher les litiges* (gruppo D4) e ad un diverso apprezzamento circa l'adeguatezza della formazione erogata dall'ENM, lo studio condotto sul *Tribunal de commerce* di Parigi ha posto in luce come molti giudici ricerchino consigli anche all'esterno dell'Ufficio, soprattutto tra giuristi: nel 2002, ad esempio, il 32% degli intervistati ha dichiarato di aver chiesto (almeno) un parere «*à des professionnels du droit, 6% à des juges de carrière hors du tribunal, 23% aux représentants du Parquet*»¹²⁷⁰. Di più: qualche (cauta) apertura verso l'integrazione dei

¹²⁶⁸ V. STOLOWY, Nicole - BROCHIER, Matthieu, *France's commercial courts*, cit., 20 ss.

¹²⁶⁹ Cfr. la sezione dedicata ai *juges consulaires* sul sito della Scuola, <http://www.enm.justice.fr>.

¹²⁷⁰ Cfr. LAZEGA, Emmanuel - MOUNIER, Lise, *Quête de statut social*, cit.; anche qui, come in ogni altro caso di consulenza *in private* – v. *retro*, § 14.2.1, in nota – la ricerca di pareri esterni, sottratti al contraddittorio, non può non lasciare perplessi. Ciononostante, salvi i casi in cui sia previsto espressamente dalla legge – com'è il caso per la *saisine entre Chambres de la Cour de cassation* –, o emerga da dichiarazioni – come nella specie – o, infine, dalla redazione stessa della sentenza (cfr. JOLOWICZ, John A., *The use by the judge of his own knowledge (of fact or law or both) in the formation of his decision*, in ID., *On Civil Procedure*, cit., 243), il

collegi con giuristi è stata ventilata finanche dalla *Commission perspective*¹²⁷¹, nel rapporto rimesso al Ministro della Giustizia nel dicembre 2018; pur nella consapevolezza dell'ostilità che genera nei *juges consulaires* qualunque accenno all'*échevinage*, vi si dà atto della proposta – che non ha, tuttavia, riscosso consenso unanime – di «*un tribunal mixte [...], qui verrait les juridictions consulaires accueillir des jeunes magistrats professionnels en leur sein sans que ceux-ci n'en assument la présidence ou celle des audiences*».

Le considerazioni già svolte¹²⁷² in relazione ai collegi misti non consentono di ritenere l'idea risolutiva; tuttavia, la serie di circostanze riportate da ultimo lascia comprendere come il discorso si faccia qui speculare a quello condotto con riferimento al giudice-giurista rispetto alle competenze extra-giuridiche: quando vengano in rilievo diversi tipi di *expertise*, sono necessari *altrettanti* giudici. La *two-hat solution*¹²⁷³, da qualunque prospettiva la si guardi, non resiste alla prova della realtà.

23. L'esternalizzazione puntuale delle controversie tecnico-scientifiche: forme arbitrali e ruolo del consenso

Per quanto, dunque, la sistematica devoluzione di controversie tecnicamente complesse a *panels* di esperti non possa rappresentare una soluzione generale, esiste almeno una serie di ipotesi in cui essa non sarebbe che una mera formalizzazione di quanto (già) avviene nell'ambito degli ordinari rapporti tra giudice ed esperto.

Infatti, se il crollo del mito del sillogismo giudiziale ha inferto un grave colpo alla linearità del ragionamento per cui «la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse», poiché una volta «arrivato alla convinzione che un certo modo d'agire implica per legge una certa conseguenza giuridica, e che di quel modo d'agire si è verificato un caso, la conclusione può

fenomeno, sicuramente molto più diffuso di quanto si creda, resta nascosto. In sostanza, la combinazione dei principi *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia* finisce *sostanzialmente* per legittimare – con riferimento al diritto – ciò che è vietato in relazione ai fatti.

¹²⁷¹ CONFERENCE GENERALE DES JUGES CONSULAIRES DE FRANCE, *Rapport de la commission prospective. Du tribunal de commerce au tribunal des activités économiques : Pour une justice commerciale attractive et efficace*, 23 ottobre 2018, su <http://www.tribunauxdecommerce.fr>, 21.

¹²⁷² V. *retro*, §§ 21.2 e 21.2.1.

¹²⁷³ V. *retro*, § 18.

farla trarre a chiunque»¹²⁷⁴, non può disconoscersi che tale affermazione si attaglia perfettamente ai casi in cui la risoluzione della questione tecnico-scientifica rappresenta la *ultimate issue*, risolta la quale la disciplina applicabile *viene da sé*.

Del resto, è proprio pensando a tali casi, rispetto ai quali il ricorso al sapere esperto rischia di tradursi in una sostanziale delega della funzione giudicante, che è stata elaborata la c.d. *ultimate issue rule* – che «*bars experts from giving an opinion on the ultimate issue in the case at hand, the issue that the judges are called upon to determine*»¹²⁷⁵ – ancora una volta in connessione con la genesi della giuria: come ricorda Dwyer, «*it is only because we do not expect the jury to be able to assess the evidence of the expert properly that we must be concerned that, if the jury were to be presented with an opinion on the ultimate issue by an expert, then it would accept that opinion as given, rather than forming its own opinion. Thus the expert would de facto decide the case. The tribunal of fact, whether judge or jury, is not, however, entitled to delegate this fact-finding authority*». Salvo poi aggiungere che «*[t]he line of reasoning behind this rule is problematic, because it may be that there is only one conclusion that can be correctly drawn from the facts, or at least there is only one conclusion that has a very high probability of being correct, and the expert would be able to draw that conclusion. If, however, we prevent the expert from presenting that conclusion, then the inexperienced jury may proceed to arrive at a wholly erroneous conclusion*»¹²⁷⁶. E se, per quanto si è già detto¹²⁷⁷, gli stessi rischi valgono per i giudici togati, la circostanza la regola sia applicata *anche* nei processi senza giuria appare una implicita conferma della consapevolezza, da parte degli stessi magistrati, del rischio di essere esautorati delle proprie funzioni. Il riferimento, anzi, non è solo ai giudici statunitensi: basti pensare che ad essa fanno ricorso anche le corti internazionali criminali, ove «*the sporadic resort to ex curia experts can be explained by a certain unwillingness of international judges to abdicate their judicial function, to let experts enter their own province*»¹²⁷⁸.

¹²⁷⁴ CALOGERO, Guido, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., 51.

¹²⁷⁵ ROMANO, Cesare P.R., *The Role of Experts in International Adjudication*, in SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le droit international face aux enjeux environnementaux: colloques de Aix-en-Provence*, Paris, 2010, 185 nota 14.

¹²⁷⁶ DWYER, Déirdre, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, cit., 84-85.

¹²⁷⁷ V. *retro*, §§ 17.1 ss.

¹²⁷⁸ ROMANO, Cesare P.R., *The Role of Experts in International Adjudication*, cit., 184.

La coscienza del ruolo *sostanzialmente* giudicante assunto, in questi casi, dal tecnico sembra spiegare anche perché, talora, lo stesso legislatore abbia previsto – e incoraggiato – le parti a lasciare che la controversia (tutta) fosse decisa non dal giudice, ma dall'esperto; con la precisazione, tuttavia, che i meccanismi a tal fine predisposti, in quanto qualificabili (e, a volte, qualificati) come *lato sensu* arbitrali, hanno sempre implicato la raccolta del consenso dei litiganti, in via preventiva o successiva.

23.1 L'arbitrato dei consulenti tecnici

Paradossalmente, uno degli istituti più indicativi in tal senso risale al periodo fascista: in coerenza con la propria vocazione totalizzante, il legislatore aveva mirato «con ogni mezzo ad eliminare la possibilità» che la materia del lavoro «fosse sottratta in un qualsiasi modo al suo potere: di qui la necessità di porre una norma come quella dell'art. 806 c.p.c. che viet[ava] la decisione di eventuali controversie di lavoro da parte di arbitri»¹²⁷⁹. Eppure, l'art. 455, comma 1°, c.p.c. prevedeva che, qualora la controversia avesse «contenuto prevalentemente tecnico, le parti, d'accordo, po[tessero] chiedere al giudice che la decisione [fosse] rimessa al consulente tecnico, oppure a un collegio composto dal consulente tecnico nominato d'ufficio, che lo presiede[sse], e dai consulenti tecnici delle parti». Il lodo, da pronunciarsi – entro un termine perentorio stabilito dal giudice (art. 455, comma 2°, c.p.c.) – secondo equità, avrebbe dovuto essere depositato nella cancelleria del giudice stesso nel termine, onde essere dichiarato esecutivo con decreto (art. 456 c.p.c.); in difetto di tempestivo deposito, il giudice, su istanza di parte, avrebbe dovuto «pronuncia[re] la decadenza e provvede[re] sulla causa» (art. 457 c.p.c.)¹²⁸⁰.

L'interesse per l'istituto si giustifica non tanto per la rilevanza pratica che esso ha assunto – avendo esso ricevuto ben scarsa applicazione¹²⁸¹ nel periodo antecedente la sua abrogazione¹²⁸² –, quanto per il suo significato simbolico: risulta significativo che, nonostante il Ministro Guardasigilli, nella sua Relazione al Re, ricordasse che «insieme col rinvigorito senso della legalità, si riafferma nell'ordinamento giudiziario la prevalenza del giudice giurista, e il tecnico, che in periodi di transizione era riuscito a penetrare nel collegio

¹²⁷⁹ PALA, Tomaso, *L'arbitrato dei consulenti tecnici*, Milano, 1967, 3.

¹²⁸⁰ «Le sentenze dei consulenti», come venivano chiamate dall'art. 458 c.p.c., risultavano poi impugnabili secondo i mezzi ordinari (ex artt. 827 ss. c.p.c.), «in quanto applicabili».

¹²⁸¹ PALA, Tomaso, *L'arbitrato dei consulenti tecnici*, cit., 20.

¹²⁸² Con l. 11 agosto 1973, n. 533.

in veste di giudice, riprende il suo posto di consulente, che non giudica ma si limita ad illustrare al giudice alcuni elementi del processo» – in perfetta coerenza con l’immagine che, come si è visto¹²⁸³, è andata costruendosi dei rapporti tra giudice e tecnico –, abbia poi finito per avere la meglio (sebbene non in toto) il parere del Ministero delle Corporazioni, favorevole all’introduzione dell’arbitrato dei consulenti tecnici «in qualche caso isolato», connotato «[da] carattere tecnico dei rapporti, [dal]la necessità di una valutazione di equità delle contestazioni e [dal]la economicità e la rapidità della decisione»¹²⁸⁴. Si tratta, infatti, da un lato, del riconoscimento – per quanto a malincuore – dell’esistenza di un tipo di litigi in cui la competenza dell’organo giudicante deve essere *altra* da quella ordinaria¹²⁸⁵; dall’altro, della riaffermazione implicita della ritenuta inidoneità del soggetto laico a sostituirsi ad un *vero* giudice, e quindi ad attuare il diritto: tant’è che, come visto, ai consulenti era imposto di giudicare secondo equità.

23.2 *Il Court-annexed arbitration*

L’idea alla base dell’istituto potrebbe forse essere oggi rivalutata, quantomeno nelle controversie in cui la questione tecnico-scientifica rappresenta la *ultimate issue*: in tali casi, il procedimento di istruzione mediante consulenza tecnica potrebbe essere elevato a *Court-annexed arbitration*¹²⁸⁶ volontario. Né, del resto, sono mancati tentativi più recenti in questo senso: l’art. 13, d.d.l. n. 7185/C/XIII, presentato il 7 luglio 2000 immaginava, per le controversie aventi ad oggetto il risarcimento dei danni da circolazione di veicoli e natanti, di consentire al giudice, su istanza dell’attore e previo nulla osta delle altre parti, di rimettere la decisione della causa ad un arbitro. Questi avrebbe potuto, alternativamente, essere designato dal giudice, eventualmente su proposta concorde delle parti, fra uno degli iscritti nell’elenco di esperti conciliatori di cui contestualmente si proponeva la creazione, o da un’istituzione arbitrale. La circostanza, poi, che fossero previsti la dichiarazione di estinzione (e non la sospensione) del giudizio innanzi all’Autorità giudiziaria e un procedimento di *exequatur*, volto alla concessione dell’esecutività del lodo previa verifica

¹²⁸³ V. *retro*, § 17.3.

¹²⁸⁴ PALA, Tomaso, *L’arbitrato dei consulenti tecnici*, cit., 22.

¹²⁸⁵ Sicché il doppio passaggio – prima innanzi al giudice, poi davanti agli arbitri – sembra potersi interpretare come una mera formalità, da assolvere tuttavia onde superare il divieto, altrimenti esistente, di compromettere.

¹²⁸⁶ Su cui v. SILVESTRI, Elisabetta, *La court-annexed arbitration: un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1035 ss.

della sola regolarità formale del provvedimento (senza, dunque, possibilità di rifiutare *sic et simpliciter* il verdetto arbitrale), si spiega, poi, facilmente, laddove si consideri la base volontaristica *ab origine* richiesta per la devoluzione in arbitrato: in questo senso, anzi, la proposta sembra essere la progenitrice del trasferimento in arbitrato introdotto dall'art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con l. 10 novembre 2014, n. 162)¹²⁸⁷. Tale ultima procedura risulta, peraltro, meglio congegnata almeno sotto un profilo: essa consente la conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda inizialmente proposta innanzi al giudice statale, laddove quella di cui all'art. 13 d.d.l. n. 7185/C/XIII, nella sostanza, nulla aggiungeva a quanto era già nella disponibilità delle parti (ovvero, rinunciare al giudizio e compromettere in arbitri, così tuttavia scontando gli effetti dell'estinzione).

Seguendo questa linea di pensiero, allora, sarebbe immaginabile l'introduzione della possibilità, per le parti, di richiedere al giudice un trasferimento innanzi ad arbitri-tecnici (non essendo, allo scopo, applicabile il disposto dell'art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, che, al comma 2, individua gli arbitri esclusivamente «tra gli avvocati iscritti da almeno tre anni all'albo dell'ordine circondariale che non hanno avuto condanne disciplinari definitive e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità» al «Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale»); ma, come l'istituto introdotto nel 2014 e, prima ancora, quello di cui all'abrogato art. 455 c.p.c., il meccanismo sconterebbe la dipendenza della propria efficacia da una condizione – l'accordo delle parti lite pendente – che risulta di difficile verifica¹²⁸⁸.

¹²⁸⁷ Su cui v., tra gli altri, BOCCAGNA, Salvatore, *L'arbitrato al tempo della «degiurisdizionalizzazione» (riflessioni sull'art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Riv. arb.*, 2016, 581 ss.; REALI, Giovanna, *La nuova translatio dinanzi agli arbitri tra degiurisdizionalizzazione e definizione dell'arretrato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 544 ss.; BALENA, Giampiero, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro it.*, 2015, V, 17 ss.; BRIGUGLIO, Antonio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014, 633 ss.; CARPI, Federico, *L'avvocato telematico ed i tentativi per eliminare l'arretrato giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1611 ss.; CONSOLO, Claudio, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, 1173 ss.

¹²⁸⁸ Infatti, benché JAEGER, Nicola, voce *Consulenti tecnici (arbitrato dei -)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 350, imputi l'insuccesso dell'arbitrato dei consulenti tecnici al fatto che «i litiganti hanno di solito maggiore fiducia nei giudici togati che nei tecnici, qualunque sia la natura della controversia», la pratica in materia di arbitrato (*tout court*) testimonia della difficoltà di concludere una convenzione arbitrale a lite insorta.

Non è un caso, del resto, che la maggioranza dei programmi di *Court-annexed arbitration* statunitensi¹²⁸⁹ prescindano dal consenso dei litiganti, rimettendo al giudice il potere di *obbligarli* a comparire innanzi all'arbitro; con la conseguenza – **necessitata, onde evitare censure di incostituzionalità per lesione dei *trial rights* delle parti** – di dover ammettere la possibilità, per il soccombente in arbitrato, di ottenere un *trial de novo*¹²⁹⁰. Una strada, quest'ultima, che neppure appare preclusa nell'ordinamento italiano: anzi, iscrivendosi nel(l'ormai non più nuovo) fenomeno di «innesto di segmenti non giurisdizionali [...] all'interno del processo»¹²⁹¹, essa supererebbe il vaglio di legittimità costituzionale, non potendosi ritenere violati né il principio di immediatezza discendente dall'art. 111 Cost. – non trattandosi, in questo caso, di processo giurisdizionale – né il diritto d'azione, non ponendosi alcun ostacolo né all'accesso al giudice, né al ritorno innanzi allo stesso dopo l'esaurimento della fase negoziale. E, del resto, è in questa direzione che si è mosso il legislatore, nell'introdurre la mediazione delegata: mentre il testo originario dell'art. 5, comma 2°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, prevedeva che il giudice potesse, nel corso del processo, *invitare* le parti ad esperire la mediazione, quello attuale – come riformato nel 2013¹²⁹² – stabilisce che «il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può *disporre* l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello»¹²⁹³; e, sebbene a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale intervenuta nel 2012¹²⁹⁴, la “nuova” mediazione sia maggiormente incentrata sull'aspetto facilitativo che su quello

¹²⁸⁹ Approntati sin dalla fine degli anni '70 per iniziativa spontanea delle singole Corti, quale espressione del proprio potere regolamentare ai sensi del 28 *U.S. Code* § 2071, i programmi relativi all'imposizione di meccanismi di ADR da parte degli Uffici è stato espressamente autorizzato dal Congresso nel 1988: cfr. JENNINGS, Sharon A., *Court-Annexed Arbitration and Settlement Pressure: A Push Towards Efficient Dispute Resolution or "Second Class" Justice?*, in *J. Dispute Resol.*, 1991, 321.

¹²⁹⁰ SCHMITZ, Amy J., *Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs*, in *Cardozo J. Conflict Resol.*, 2009, 587 ss.

¹²⁹¹ AULETTA, Ferruccio, *Il contratto come rimedio endoprocedurale*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 408; ma v. già ID., *Le misure di alternative dispute resolution allo studio del Ministro di grazia e giustizia*, in *Contr. impr.*, 1997, 1257 ss.

¹²⁹² Con art. 84, comma 1, lett. c), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

¹²⁹³ Enfasi aggiunta.

¹²⁹⁴ Di cui si è già discusso *retro*, § 3.2, in nota.

aggiudicativo¹²⁹⁵, tra il rifiuto della proposta conciliativa e quello del lodo nel *Court-annexed arbitration* non corrono differenze tali da lasciar ipotizzare un diverso apprezzamento in punto di legittimità costituzionale.

Tuttavia, è evidente che, una volta imboccata tale via, il risultato non sarebbe più la garanzia di una *decisione resa da esperti*, ma, semplicemente, l'ennesimo tentativo di ridurre il carico di lavoro degli Uffici giudiziari; tentativo, peraltro, dalle utilità pratiche minime. Tale ultima conclusione richiede, peraltro, un supplemento argomentativo.

In effetti, al di là delle critiche relative all'eccessiva restrizione dei diritti dei litiganti, l'istituto, negli Stati Uniti, ha dimostrato di funzionare; il che, all'analista economico del diritto, appare anche piuttosto scontato. Infatti, se – come ormai noto¹²⁹⁶ – «[s]ettlement occurs when parties reach consensus as to the value of their claim and the undesirability of going forward with litigation. Suits fail to settle when the parties desire vindication, the attorneys have not completed the preparation necessary to evaluate the case, the parties or the attorneys do not realistically value the claim, or both sides are reluctant to propose settlement negotiations», bisogna ammettere che «*Court-annexed arbitration can help remove each of these barriers. Parties are given the opportunity to present their cases, with the objective input of a third party serving to deflate unrealistic expectations of the parties or their counsel. Attorneys must evaluate their cases in preparation for the hearing and are in a position to consider settlement. Because the court selects cases for arbitration, neither party has to admit weakness by proposing settlement talks. By removing these obstacles to settlement, court-annexed arbitration helps parties reach consensus faster, which serves their interests as well as those of the judicial system*»¹²⁹⁷.

Il medesimo ragionamento potrebbe, allora, estendersi – forse a maggior ragione – ai casi in cui la controversia implichi la risoluzione di questioni tecnico-scientifiche: del resto, è proprio su un meccanismo del genere che si è costruito il successo della *Statutory Adjudication* britannica, ove la decisione – resa, di norma, da un ingegnere o un architetto – pur incapace di passare in giudicato, pone *de facto* un termine alla controversia, le parti

¹²⁹⁵ RAITI, Giovanni, *La media-conciliazione dopo il decreto "del fare" (art. 84 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98)*, in *NLCC*, 2014, 246-247.

¹²⁹⁶ V. *retro*, § 3.1.

¹²⁹⁷ JENNINGS, Sharon A., *Court-Annexed Arbitration and Settlement Pressure*, cit., 317-318.

attestandosi di norma sulla valutazione dell'*adjudicator*, in quanto altamente predittiva del risultato dell'eventuale, successivo processo *afresh*¹²⁹⁸.

23.2.1 *Segue: la Statutory Adjudication*

In realtà, alla necessità di una particolare *expertise* in materia sembrava già sopperire la giustizia statale: come accennato, la *Queen's Bench Division* – prima della riorganizzazione delle Corti speciali inglesi in *Business and Property Courts*¹²⁹⁹ – comprendeva, tra le proprie sezioni specializzate, la *Technology and Construction Court*. Quest'ultima, a propria volta, è nata, nel 1998, dallo sviluppo dell'ufficio dell'*Official Referees' Business* (OR), organo (inizialmente) consultivo delle Corti – essendo suo compito quello di fornire loro, su richiesta, un parere (se non addirittura una vera e propria bozza di decisione) in controversie particolarmente complesse, spesso richiedenti competenze contabili –, istituito nel 1873 per rispondere all'esigenza, manifestata dagli operatori economici, di una maggiore specializzazione della magistratura che, non avendo sino ad allora trovato soddisfazione, aveva concorso al successo dell'arbitrato¹³⁰⁰. A partire dagli anni '30, peraltro, il lavoro dell'OR subì un duplice mutamento, sia dal punto di vista dell'oggetto (la maggioranza delle controversie spostandosi verso la materia delle costruzioni e dei lavori di ingegneria)¹³⁰¹ che della funzione (venendo progressivamente deferito all'OR il compito di decidere direttamente le controversie). Il progressivo ampliamento della competenza dell'Ufficio (già di fatto, ormai, una Corte), dinanzi al quale,

¹²⁹⁸ V. CAPASSO, Valentina, *L'Adjudication. Contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Torino, 2019.

¹²⁹⁹ V. *retro*, § 12.3.3.

¹³⁰⁰ AKENHEAD, Robert, *The Benefits Of Using The Technology & Construction Court*, *PLA Annual Conference at Keble College*, Oxford, 23rd March 2012, www.pla.org.uk, 2.

¹³⁰¹ Tanto che, «[a]fter the first two generations of specialist construction barristers and solicitors, the ORs and later the TCC judges were appointed from these specialist ranks». In passato, la nomina dei giudici avveniva su raccomandazione del *Lord Chancellor*, il cui *Department* individuava “d'ufficio” i candidati più idonei; il sistema, come è facile immaginare, è stato negli anni sottoposto a critiche, per l'evidente ingerenza dell'esecutivo nel procedimento di *appointment*. A seguito dell'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act* 2005, tale funzione è stata affidata alla *Judicial Appointments Commission*, organo indipendente che, all'esito di un processo di selezione, raccomanda i candidati al *Lord Chancellor*, che conserva solo limitati poteri di veto. In argomento, per ricostruire le tappe della riforma, v.: DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional reform: a new way of appointing judges. Consultation Paper*, 2003, webarchive.nationalarchives.gov.uk; CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Judicial appointments and a Supreme Court (court of final appeal)*, 2004 e HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTIONAL REFORM BILL, *Constitutional Reform Bill [HL]*, 2004, entrambi tratti da publications.parliament.uk; HOUSE OF COMMONS LIBRARY, *The Constitutional Reform Bill [HL]: a Supreme Court for the United Kingdom and judicial appointments*, 2005, 47-52, www.parliament.uk

a seguito della decisione *Anns v Merton*¹³⁰², potevano essere portate non solo controversie *in contract*, ma anche *in tort*, determinò, tuttavia, un progressivo allungamento dei procedimenti cui si cercò, invano, di porre un freno mediante un ampliamento dell'organico¹³⁰³.

Al di là dell'eccessiva durata dei giudizi – problema, del resto, all'epoca condiviso con le altre Corti britanniche, e a cui ha poi posto un freno l'introduzione delle *Civil Procedure Rules*¹³⁰⁴ –, è innegabile che i giudici dell'OR, prima, e della TCC, poi, fossero dotati di una particolare *expertise* in materia. Ed infatti, le ragioni dell'avvento dell'*adjudication* non vanno ricercate nel tentativo di soppiantare il giudizio statale, bensì nelle dinamiche particolari del settore, ove la rapidità delle decisioni – soprattutto in materia di pagamenti – assumeva (ed assume tuttora) un'importanza preponderante rispetto alla correttezza delle stesse e alla loro attitudine al giudicato.

Non a caso, l'istituto, dapprima teorizzato da Sir Michael Latham nell'ambito di una più ampia revisione dello stato dell'industria¹³⁰⁵, poi positivizzato dalla s. 108 *Housing Grant, Construction and Regeneration Act* 1996, mira alla pronuncia di una decisione celere (di norma, 28 giorni), immediatamente *binding* ma non *final*, con la conseguenza che la stessa controversia (già) decisa in *adjudication* può essere portata innanzi al giudice (o all'arbitro, in presenza di clausola compromissoria) entro il limite ordinario di prescrizione, solitamente di 6 anni. Tuttavia, la libertà di scelta della persona dell'*adjudicator* ha orientato naturalmente la prassi verso la ricerca di soggetti esperti in materia: così, se è vero che la percentuale di *lawyers* è in crescita (essendo passata dal 26% nel 2007 al 35% nel 2016)¹³⁰⁶

¹³⁰² *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 HL.

¹³⁰³ GAITSKELL, Robert, *Trends in Construction Dispute Resolution*, December 2005, su www.scl.org.uk, 2.

¹³⁰⁴ Nel 1993, Lord Woolf (all'epoca *Master of the Rolls*) fu incaricato dal *Lord Chancellor* di condurre un'indagine sul funzionamento delle regole per la procedura civile in Inghilterra e Galles. Ne scaturirono un *interim report* e un *final report* (WOOLF, Harry, *Access to Justice*, cit.) – rispettivamente pubblicati nel 1995 e nel 1996 – in cui Lord Woolf identificò tre *key problems* (*costs*, *delay* e *uncertainty*); il *final report* fu, inoltre, accompagnato da un progetto di riforma delle regole di procedura, la maggioranza delle quali poi confluita nelle nuove *Civil Procedure Rules* 1998, entrate in vigore il 26 aprile 1999. Per un approfondimento, v., *ex multis*, ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Lord Woolf's Access To Justice*, cit., 773 ss.; CRIFÒ, Carla, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 511 ss., e PASSANANTE, Luca, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, ivi, 2000, 1353 ss.

¹³⁰⁵ LATHAM, Michael, *Constructing the Team: Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry: Final Report*, London, 1994.

¹³⁰⁶ CAPASSO, Valentina, *L'Adjudication*, cit., 150.

– quale causa ed effetto del complicarsi delle controversie dal punto di vista giuridico¹³⁰⁷ – resta che gli *adjudicators* sono ordinariamente tratti dalle file dei tecnici; e, laddove si consideri che sarebbero verosimilmente soggetti della medesima estrazione a testimoniare come *expert witnesses* in un eventuale giudizio successivo, si comprende bene l'affermazione per cui «*the legislature has in effect left the resolution of disputes under construction contracts to experts in the private sector, at that sector's expense, rather than requiring them to be resolved by judicial officers or public administrators at the State's expense*»¹³⁰⁸.

23.2.2 Segue: la necessità di un'esternalizzazione a monte

Tuttavia, ciò che impedisce di pronosticare un successo equivalente nel panorama domestico è la circostanza che le due procedure straniere si svolgono (sempre, quella statunitense; di norma, quella inglese) in un momento *antecedente* l'instaurazione del giudizio, con la conseguenza che il soccombente, nella decisione se introdurlo o meno, dovrà valutare, tra l'altro, i costi del *trial*, notoriamente ingenti. Al contrario, immaginando di modellare l'istituto sulla mediazione delegata e di tener fermo il limite che vuole il ricorso alla consulenza tecnica postergato alle allegazioni istruttorie delle parti, nella migliore delle ipotesi, il risparmio di attività processuale sarebbe minimo¹³⁰⁹; nella peggiore, il fenomeno dei *sunk cost*¹³¹⁰ rischierebbe seriamente di vanificare l'effetto dell'incremento informativo (e, dunque, la revisione delle aspettative) collegato al deposito dell'elaborato peritale, inducendo anche il futuro, verosimile soccombente a proseguire fino alla sentenza.

In sostanza, quando il consenso sulla soluzione del tecnico non possa essere raccolto preventivamente, la coagulazione successiva dello stesso presenta delle *chances* di verifica di gran lunga superiori quando la consulenza sia acquisita *prima* dell'inizio del

¹³⁰⁷ Si tratta di un'ulteriore conferma di quanto già affermato *retro*, § 22.2: anche qui, dunque, la competenza del professionista non risulta sempre e comunque adeguata. D'altro canto, se la circostanza che la decisione non sia *giuridicamente* idonea al giudicato consente alla TCC di adottare un atteggiamento piuttosto condiscendente rispetto agli errori di diritto commessi dall'*adjudicator* (cfr. CAPASSO, Valentina, *L'Adjudication*, cit., 137-138 e *passim*), la stessa *souplesse* non può ammettersi laddove si tenti di delineare un modello a vocazione generale, quale quello qui ricercato. Di conseguenza, per quanto l'accento sia stato sin qui posto sulla necessità di valorizzare il concorso del sapere tecnico-scientifico nella formazione della decisione, ciò non equivale a disconoscere l'imprescindibilità di quello giuridico.

¹³⁰⁸ BAILEY, Julian, *Public Law and Statutory Adjudication*, June 2008, su www.scl.org.uk, 5.

¹³⁰⁹ E, peraltro, verosimilmente raggiungibile senza bisogno di ricorrere ad un fantomatico procedimento annesso a quello giurisdizionale: in altri termini, se la consulenza dovesse rivelarsi risolutiva, lo sarebbe senza bisogno di immaginare un procedimento annesso a quello principale.

¹³¹⁰ V. *retro*, § 3.1.

processo; ciò che il legislatore italiano ha, infatti, compreso; e le innovazioni legislative, per quanto motivate da intenti deflattivi, hanno avuto l'ulteriore effetto di rimettere in discussione il ruolo e i poteri del consulente, sempre meno *produttore di opinioni* e sempre più *giudice*.

23.3 L'accertamento tecnico preventivo da cautela ad ADR

Il fenomeno ha avuto inizio con il d.l. 14 marzo 2005, n. 3, convertito con modificazioni con l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha introdotto l'art. 696-*bis* c.p.c., il quale consente «[l]'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva», anche in mancanza del presupposto – l'urgenza – che ne legittima il compimento *ante causam* ai sensi dell'art. 696 c.p.c.; il tutto, come recita la stessa rubrica della disposizione, «ai fini della composizione della lite»¹³¹¹.

La dottrina¹³¹² ha da subito sottolineato le similitudini con lo *schriftliche Begutachtung* previsto dal § 485, comma 2°, ZPO, che espressamente riconosce, quale interesse giuridico, che ben può essere alla base della richiesta di assunzione anticipata della prova, quello ad evitare un processo¹³¹³, e con il *référé probatoire* o *préventif* all'art. 145 CPC, che si accontenta, allo stesso fine, di un «*motif légitime*»¹³¹⁴. Il parallelo con tale ultimo istituto, peraltro, non va eccessivamente enfatizzato, essendo i ruoli del conciliatore e dell'esperto, nell'ordinamento francese, tenuti ben distinti: ai sensi dell'art. 240 CPC, infatti, «[l]e juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties»; laddove tale compito, prioritariamente affidato al giudice (arti. 21 CPC), può essere dallo stesso – e previo accordo delle parti – delegato ad un mediatore (art. 131-1 CPC), che tuttavia, in generale,

¹³¹¹ In prosieguo, l'istituto ha travalicato i limiti del codice di procedura civile: il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 131, ha provveduto ad introdurlo nel Codice della proprietà industriale istituito, il cui art. 128 ora richiama l'art. 696-*bis* c.p.c. (in argomento, v. SCUFFI, Massimo, *Consulenza tecnica preventiva ed istituti deflattivi del contenzioso industrialistico*, in *Dir. ind.*, 2010, 523 ss.; FERRARI, Francesca, *La recente riforma delle norme processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1477); quanto al processo amministrativo, l'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo con funzioni conciliative è ipotizzata, sulla base dell'art. 63, comma 5°, c.p.a., da DAPAS, Alessandra - VIOLA, Luigi, *L'accertamento tecnico preventivo tra esigenze cautelari e nuove esigenze di mediation*, in *Urb. app.*, 2014, 110.

¹³¹² TEDOLDI, Alberto, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 807; ROMANO, Alberto A., *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. giur.*, 2006, 406, testo e note; CADIET, Loïc, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1169 ss.; GHIRGA, Maria F., *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 116 ss.;

¹³¹³ BESSO, Chiara, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 103 ss.

¹³¹⁴ *Ibid.*, 77.

«ne dispose pas de pouvoirs d'instruction», né «peut être commis» dal giudice al compimento di singoli atti istruttori (art. 131-8 CPC).

D'altro canto, se il successo straordinario dell'istituto francese fa sì che la giurisprudenza sia costantemente chiamata «à contenir dans des limites raisonnables l'exubérance du référé-probatoire [...] tant est grande la propension de la pratique à tirer toujours de l'institution des avantages jusqu'alors insoupçonnés»¹³¹⁵, la sua versione all'italiana¹³¹⁶ non ha incontrato la stessa fortuna¹³¹⁷, verosimilmente proprio in quanto la sua «doppia anima»¹³¹⁸ – assente, come detto, nel *référé probatoire* – non è stata compresa sino in fondo dai giudici di merito, con intuibili riflessi sull'apprezzamento delle condizioni di ammissibilità dello strumento.

Da un lato, infatti, si è spesso affermato che l'accertamento tecnico preventivo potesse essere disposto solo nei casi in cui controverso fosse esclusivamente il *quantum* della prestazione; dall'altro, si è ritenuto di estendere all'istituto *de quo* gli stessi limiti praticati in materia di consulenze esplorative. Entrambe le restrizioni, tuttavia, non convincono.

Con riferimento alla prima questione – e posto che l'art. 696-*bis*, comma 1°, c.p.c., parla non solo di «determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito», ma anche di «accertamento», il che già dovrebbe bastare a supportare la conclusione opposta a quella sostenuta dalla prima giurisprudenza in

¹³¹⁵ NORMAND, Jacques, *Les limites du référé probatoire (art. 145, nouveau c. pr. civ.)*, in *RTD civ.*, 1990, 134. Sull'istituto, v. anche LACROIX-ANDRIVET, Jean-Paul - GUINCHARD, Serge, *Référé probatoire*, in *Dalloz action. Droit et pratique de la procédure civile*, 2017-2018, n° 111.71 ss. ; CAYROL, Nicolas, *Référé civil – Saisine*, in *Rép. proc. civ.*, mars 2016 (actu : mai 2019), nn° 389 ss.

¹³¹⁶ Peraltro, se è vero che la concreta configurazione dell'istituto ricalca quella dei suoi (più o meno) omologhi stranieri, l'idea di attribuire al consulente compiti anche conciliativi non era certo nuova: ai sensi dell'art. 198, comma 1°, c.p.c., infatti, «[q]uando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti». D'altro canto, la disciplina dell'art. 696-*bis* c.p.c. – vista l'*intentio legis* – risulta maggiormente appetibile, a cominciare dall'esenzione dall'imposta di registro del verbale di conciliazione (non prevista dagli artt. 198 e 199 in materia contabile).

¹³¹⁷ FUIANO, Mario P., *Vecchi e nuovi problemi in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *NGCC*, 2015, II, 470-471; FERRARI, Francesca, *La recente riforma*, cit., 1477. Ma v. quanto si dirà *infra*, § 23.3.2.

¹³¹⁸ L'espressione, a quanto consta utilizzata *in primis* da NARDO, Giulio N. *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in www.judicium.it, è divenuta ormai corrente: cfr., fra gli altri, ZANDRINO, Giulia, *La contestazione estesa all'an della pretesa e l'art. 696 bis, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2017, 376; MASTANTUONO, Angela, *L'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Corr. giur.*, 2018, 106; TEDOLDI, Alberto, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., 807.

materia –, come riconoscono pronunce più recenti, la tesi dell'inammissibilità della consulenza tecnica preventiva in presenza di contestazioni sull'*an* «finisce irrazionalmente, contro la logica ispiratrice dell'istituto, con l'attribuire un potere di veto alla parte resistente e consente il ricorso alla c.t.p. solo allorché il ricorrente disponga di elementi probatori provenienti dalla controparte per ritenere l'*an debeat* non contestato. La conclusione lascia perplessi, soprattutto perché attribuisce alla controparte il potere discrezionale di sancire l'inammissibilità dell'iniziativa avversaria, con la semplice adozione di una strategia piuttosto di un'altra. Inoltre tale soluzione non valorizza adeguatamente la concorrente funzione tecnico-probatoria dell'istituto (ulteriore rispetto a quella conciliativo-deflattiva) che porterebbe a dedurre che la mancata costituzione o l'opposizione della controparte (salva l'ipotesi di una sua evidente fondatezza) non possono precludere l'espletamento degli incombeni ai fini della successiva acquisizione della consulenza nell'alveo del futuro giudizio di merito»¹³¹⁹. Di conseguenza, appare molto più ragionevole quella linea interpretativa secondo la quale «le valutazioni che riguardano l'esistenza del credito o la fondatezza di eventuali contestazioni sono rilevanti solo in quanto i profili di inammissibilità e infondatezza della domanda di merito siano così evidenti da far ritenere la consulenza inutile e/o superflua nell'ottica di un futuro giudizio», non essendo viceversa necessario «che il giudice possa ritenere verosimile l'esistenza del diritto azionato, perché il *fumus* che qui viene in considerazione non attiene l'esistenza del diritto, ma, tutt'al più, analogamente alle comuni misure cautelari istruttorie, involge un'indagine volta esclusivamente alle potenziale utilità del mezzo istruttorio di cui si chiede l'assunzione anticipata»¹³²⁰.

Quanto al secondo limite, è certo che, con riferimento al giudizio di cognizione, «[i]l codice prescriv[a] che il provvedimento di ammissione della c.t.u. possa emettersi non prima che le parti abbiano potuto proporre i rispettivi mezzi di prova (in tal senso assolvendo il giudice che intenda disporla dal provocare uno specifico contraddittorio preventivo sulla

¹³¹⁹ Trib. Torino, Sez. I, ord., 24 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2017, 376, con nota di ZANDRINO, Giulia, *La contestazione estesa all'an*, cit.

¹³²⁰ ZANDRINO, Giulia, *La contestazione estesa all'an*, cit., 377; nello stesso senso, BESSO, Chiara, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in CHIARLONI, Sergio (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Bologna, 2007, 1324; MURONI, Raffaella, *La duplice funzione della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. ai fini della definizione del relativo ambito di applicazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2326; ROMANO, Alberto A., *Il nuovo art. 696 bis tra mediation e anticipazione della prova*, cit., 413; Id., *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 52; MASTANTUONO, Angela, *L'ambito di applicazione*, cit., 104 ss. V. anche PICOZZA, Elisa, *Brevi osservazioni sulle novità in tema di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1022; TEDOLDI, Alberto, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., 805.

formulazione dei “quesiti”). L’art. 191, co. 1, infatti, vuole che la nomina avvenga nell’ambito della pronuncia su ammissibilità e rilevanza delle prove dedotte dalle parti. Più esattamente, si postula che l’ammissione della c.t.u. avvenga “con l’ordinanza prevista nell’articolo 183, settimo comma o con altra successiva”, e dunque non prima che si determini quel contesto in cui “il giudice provvede sulle richieste istruttorie”, ciò che nella specie potrà avvenire direttamente “nomina[ndo] un consulente, formula[ndo] i quesiti e fissa[ndo] l’udienza nella quale il consulente deve comparire”¹³²¹. Ed è parimenti noto l’indirizzo giurisprudenziale che, partendo dal presupposto che «la consulenza tecnica, essendo finalizzata alla valutazione di fatti già dimostrati, non può costituire mezzo di prova o di ricerca di fatti che le parti debbono provare»¹³²², ritiene che essa «non [possa] essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un’indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati»¹³²³. Peraltro, se la consulenza tecnica d’ufficio non può sopperire all’inerzia della parte nell’assolvere l’onere della prova su di essa gravante, è ritenuto ammissibile il ricorso alla c.t.u. percipiente, purché la parte abbia allegato i dati la cui valutazione è rimessa all’ausiliario¹³²⁴; inoltre, «è consentito al c.t.u. acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, allorché si tratti di fatti accessori rientranti nell’ambito strettamente tecnico della consulenza e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati da queste»¹³²⁵. In sintesi, «l’allegazione o posizione del fatto è sempre compito riservato alle parti, che devono inalienabilmente realizzare una (seppure) minima affermazione linguistica al suo riguardo, assistita da compiutezza e munita di segno, positivo

¹³²¹ AULETTA, Ferruccio, voce *Consulenza tecnica [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line* (2013), su www.treccani.it, § 3.

¹³²² Trib. su acque, 4 luglio 1996, n. 55, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1390.

¹³²³ Cass., Sez. III, 6 giugno 2003, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Consulente tecnico*, n. 12. Nello stesso senso v., *ex multis*, Cass., Sez. lav., 16 marzo 1996, n. 2205, *ivi*, 1996, voce *Consulente tecnico*, n. 7; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3191, *ivi*, 2006, voce *Consulente tecnico*, n. 10; Cass., Sez. II, 9 maggio 2016, n. 9318, *ivi*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 389.

¹³²⁴ Cass., Sez. III, 26 novembre 2007, n. 24620, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Consulente tecnico*, n. 12; Cass., Sez. III, 13 marzo 2009, n. 6155, *ivi*, 2009, voce *Consulente tecnico*, n. 18; Cass., Sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30175, in *Foro it.*, 2012, I, 3144; Cass., Sez. II, 22 gennaio 2015, n. 1190, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Prova civile in genere*, n. 50.

¹³²⁵ Cass., Sez. II, 15 aprile 2002, n. 5422, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 650.

o negativo. Di contro, una (seppure) massima esasperazione dell'onere di posizione del fatto non potrebbe mai tradursi nell'esigere dalla parte di enunciare completamente e analiticamente tutte le circostanze, anche quando queste siano integrate da fatti secondari igno(rati), per la loro natura intima, (d)alla collettività in generale. Mentre tutti i fatti principali o secondari di ordinaria esperienza possono costituire senz'altro l'oggetto di oneri di allegazione e prova esigibili, all'inverso il fatto secondario non accessibile indiscriminatamente (siccome di natura tecnica o scientifica) non può farsi oggetto di adduzione *ex parte* necessariamente analitica. Pertanto, l'esonero – secondo logica – della parte interessata all'allegazione di tal genere di fatti secondari, sotto pena di compromissione della tutela giurisdizionale effettiva dei conseguenti diritti, non può implicare altro da ciò: che già l'allegazione, sebbene in modo virtuale, di questi fatti avvenga legittimamente anche mediante sola istanza di nomina del consulente tecnico»¹³²⁶.

Tuttavia, molte delle summenzionate limitazioni devono necessariamente venir meno «quando si considera l'oggetto e l'ampiezza dell'incarico del consulente-conciliatore: nell'ambito del procedimento ex art. 696-bis c.p.c. è consentita una consulenza tecnica esplorativa ai soli fini della conciliazione della lite. La consulenza preventiva tende a fondere ambedue le funzioni di consulente percipiente e deducente, perché manca un'istruttoria che preceda la consulenza e consenta di valutare fatti già provati in giudizio dalle parti. Infatti, qualora si dovesse pronunciare l'inammissibilità dell'istanza per il divieto di perseguire scopi puramente esplorativi, si decreterebbe il sicuro fallimento dell'istituto»¹³²⁷. Con la conseguenza che, qualora il tentativo di conciliazione fallisca e la consulenza venga – come di norma – acquisita, la parte favorita dai risultati dell'elaborato si troverà ad esser stata, di fatto, sgravata di una porzione (più o meno ampia) degli oneri sulla stessa altrimenti gravanti.

¹³²⁶ AULETTA, Ferruccio, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in *Riv. arb.*, 2015, 759-760.

¹³²⁷ RAGNI, Marika, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 288; nello stesso senso, TEDOLDI, Alberto, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., 809, per il quale, se, «*ex necesse*, la consulenza tecnica preventiva non può esser preceduta da alcuna fase istruttoria *coram iudice*, configurandosi essa stessa quale autonomo procedimento di istruzione probatoria, salvo casi limite di abusiva utilizzazione dello strumento, non potrà essere rigettata *a priori* un'istanza ex art. 696 bis c.p.c. in forza del tralazio divieto di perseguire scopi puramente esplorativi di ricerca dei *facta probantia*, pena il sicuro fallimento dell'istituto. Occorre, certo, l'allegazione dei fatti rilevanti, ma non si potrà esigere che essi vengano *aliunde* provati, che un'antecedente istruzione probatoria manca del tutto». *Contra*, BENCINI, Riccardo, *La consulenza tecnica preventiva nelle controversie tra risparmiatore e banca*, in *Corr. mer.*, 2011, 372;

23.3.1 *Segue: in materia previdenziale*

Ad ogni modo, il tendenziale sottoutilizzo del procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* non ha impedito al legislatore di tentare di sfruttare le potenzialità deflattive dello strumento in chiave di filtro preventivo all'introduzione di alcune particolari categorie di controversie. Il primo settore in cui ciò è avvenuto è il contenzioso assistenziale e previdenziale, ove il meccanismo – stavolta denominato «accertamento tecnico preventivo» – è stato reso obbligatorio rispetto alle controversie «in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, disciplinati dalla legge 12 giugno 1984, n. 222» (art. 445-*bis*, comma 1°, c.p.c.)¹³²⁸. Nella specie, abbandonata evidentemente ogni velleità conciliativa – stante la natura indisponibile del rapporto assistenziale –, la previsione si spiega in base alla considerazione per cui la valutazione del consulente circa le condizioni del richiedente la prestazione è, per definizione, l'*ultimate issue*; tanto da potersi dubitare della necessità stessa che il procedimento si svolga sotto il controllo del giudice.

Non a caso, la commissione congiunta tra Ministero della Giustizia e Ministero del Lavoro (c.d. Commissione Foglia), istituita con d.m. 28 novembre 2006 onde «individuare soluzioni utili a ovviare ai gravi ritardi del processo del lavoro e previdenziale», aveva proposto, con specifico riferimento alle controversie medico-legali, «di affidare la fase pre-contenziosa ad un organo esterno ed imparziale con specifiche competenze professionali medico legali, con l'esperimento obbligatorio del tentativo di conciliazione, vincolante tra le parti in caso di esito positivo; solo in caso di disaccordo ed a seguito di una dettagliata relazione medico legale nella quale si [fosse preso] atto dei motivi del dissenso, [avrebbe dovuto essere] prevista la possibilità di una eventuale azione giudiziaria con indicazione nel ricorso introduttivo dei quesiti da sottoporre al consulente tecnico»¹³²⁹.

¹³²⁸ Introdotto con d.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria», convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111; in argomento v., tra gli altri, BATTAGLIA, Viviana, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 80 ss.; IANNIRUBERTO, Giuseppe, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Torino, 2015, 101 ss.; COSSIGNANI, Fabio, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, *Riv. dir. proc.*, 2013, 629 ss.;

¹³²⁹ ESPOSITO, Marco, *Previdenza e assistenza nel processo del lavoro: un paradigmatico declino della tutela dei diritti sociali*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale*, cit., 85-86.

Invece, la scelta dell'art. 38 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni con l. 15 luglio 2011, n. 111, è caduta sull'inserimento di un'ulteriore tappa, a valle delle due già richieste per la fase stragiudiziale (l'istanza all'Ente previdenziale, configurata come condizione di proponibilità; in caso di rifiuto, il ricorso amministrativo, stavolta inteso come condizione di procedibilità)¹³³⁰, paradossalmente da svolgersi proprio innanzi all'organo la cui attività si intende(va) deflazionare. Ad ogni modo, e nonostante le molte perplessità espresse dalla dottrina¹³³¹, l'istituto è passato indenne al vaglio di legittimità¹³³², e – stante la «rilevante incidenza statistica della riforma, che in alcuni distretti tende a fare sua una quota intorno al cinquanta per cento di tutte le sopravvenienze in materia di previdenza e assistenza» – è rapidamente divenuto «una delle più frequenti modalità della giurisdizione civile»¹³³³.

Una modalità nell'ambito della quale, peraltro, almeno durante la prima fase, volta all'eventuale emanazione del decreto di omologa, il ruolo del giudice si riduce a quello di un semplice passacarte: lo ha riconosciuto la stessa Corte di cassazione, ritenendo che «la sussistenza del requisito sanitario nei termini espressi dal CTU ovvero la sua inesistenza, se non vengono proposte contestazioni, divent[*i*] [...] intangibile. In questa fase la decisione è rimessa esclusivamente al consulente medico, senza possibilità per il giudice di discostarsi dal suo parere. Unica facoltà che al giudice residua è quella di cui all'art. 196 cod. proc. civ. di disporre la rinnovazione delle indagini o di sostituire il consulente, di talché l'accertamento delle condizioni sanitarie, in questa fase, è integralmente sottratto all'apprezzamento del giudice che è astretto al parere dell'esperto»¹³³⁴: in sostanza, il decreto

¹³³⁰ DELLA PIETRA, Giuseppe, *Le procedure amministrative ante causam*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale*, cit., 91 ss.

¹³³¹ GENTILE, Sebastiano L., *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012, V, 17; ID., *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, ivi, 2013, V, 136; ID., *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, ivi, 2014, I, 1507.

¹³³² Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243, in *Foro it.*, 2015, I, 358, con nota di GENTILE, Sebastiano L., *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principi costituzionali e riproposizioni infrannuali*; in *Giur. cost.*, 2014, con nota di DONZELLI, Romolo, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art.445-bis c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 733, con nota di SCALAMOGNA, Margherita, *L'art. 445-Bis supera il vaglio di legittimità costituzionale: un monito mancato*.

¹³³³ GENTILE, Sebastiano L., *La giurisdizione imbrigliata*, cit., 136.

¹³³⁴ Cass., sez. VI, 17 marzo 2014, n. 6085, in *Foro it.*, 2014, I, 1499, con nota di GENTILE, Sebastiano M., *Accertamento tecnico preventivo previdenziale*, cit., e di MORABITO, Patrizia, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*.

non sarebbe altro che «una mera ricognizione del perfezionamento di una fattispecie processuale, i cui effetti (non contestazione e relativa preclusione della contestazione successiva) si producono *ex lege*»¹³³⁵.

L'affermazione, certo, è stata mitigata dalla Corte costituzionale: il giudice rimettente¹³³⁶ aveva censurato, tra l'altro, la circostanza che la procedura avrebbe ridotto il giudice «a mero organismo sussidiario che svolge soltanto un ruolo al più direttivo ovvero esecutivo degli interventi normativamente previsti». La Consulta¹³³⁷ ha ritenuto infondata la questione, in quanto l'organo giurisdizionale «dispone di tutti i poteri all'uopo necessari. In particolare, in forza del richiamo contenuto nell'art. 696 bis c.p.c. (a sua volta richiamato dall'art. 445 bis c.p.c.), si applicano gli art. da 191 a 197 del detto codice, in quanto compatibili, sicché spettano al giudice tutti i poteri procedimentali previsti dalla citata normativa, nonché il governo dei tempi del procedimento, secondo le scansioni stabilite dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità».

Il che, tuttavia, non equivale a smentire del tutto la tesi della Cassazione; infatti, prosegue la sentenza costituzionale, «[p]riva di fondamento [...] è la tesi secondo la quale il giudice, quando omologa l'accertamento del requisito sanitario, lo deve fare “secondo le risultanze probatorie indicate nella relazione del c.t.u.”. Il che sarebbe in conflitto con l'art. 111, 6° comma, Cost., che esige la motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali. Invero, si deve osservare che l'omologazione postula la mancanza di contestazioni, sicché la motivazione si rinviene nell'“accordo tacito” tra le parti, salva la decisione del giudice di procedere ai sensi dell'art. 196 c.p.c.». Ma il richiamo a tale ultima disposizione, ad opera dell'art. 445-bis c.p.c., vale solo a consentire al giudice di ricercare – mediante il rinnovo della consulenza – un diverso appiglio (*comunque*) tecnico sulla cui base discostarsi dalla prima consulenza: ciò che costituisce, evidentemente, potere ben diverso, e più limitato, rispetto a quello di solito affermato in relazione al ruolo del giudice di *peritus peritorum*, come tale libero – salvo l'onere di motivazione rafforzata – di discostarsi dalle risultanze dell'elaborato in base al proprio (pretesamente) superiore apprezzamento.

¹³³⁵ COSSIGNANI, Fabio, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, cit., 644.

¹³³⁶ Trib. Roma, ord., 18 gennaio 2013, n. 204, in *Gazz. uff.*, 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale, 2 ottobre 2013, n. 40.

¹³³⁷ Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243, cit., § 4.

23.3.2 *Segue: in materia di responsabilità sanitaria*

Se – per quanto si è già detto – l’efficacia deflattiva dell’art. 696-bis c.p.c. è generalmente percepita come scarsa, gli unici dati disponibili – relativi ad una piccola realtà locale – suggeriscono, tuttavia, che, una volta promosso il procedimento, esso dia risultati piuttosto soddisfacenti: i dati raccolti nel Tribunale di Arezzo, con riferimento al triennio 2008/2010, riportano un tasso di conciliazione superiore al 55%¹³³⁸. Con particolare riguardo alla responsabilità da *medical malpractice*, poi, la quota di controversie definite senza l’intervento attivo del giudice salgono ad oltre il 73%; circostanza non certo sorprendente, se si considera il tipo di contenzioso interessato, e di cui ha finito per rendersi conto anche il legislatore¹³³⁹, al quale non restava – quindi – che *imporre* lo strumento, così evitando ogni eventuale ritrosia delle parti nella sua richiesta e, soprattutto, delle Corti nella sua concessione.

Così, nel dettare “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni”, la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha introdotto una nuova ipotesi di giurisdizione condizionata, prevedendo, all’art. 8, comma 1°, che «[c]hi intende esercitare un’azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell’articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente»¹³⁴⁰.

¹³³⁸ SESTINI, Danilo, *Consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Danno e resp.*, 2014, 340 ss.

¹³³⁹ Prima della riforma del 2017, di cui si dirà subito *infra*, nel testo, la proposta di rendere l’accertamento tecnico preventivo condizione di procedibilità in materia di responsabilità sanitaria era già stato ventilato più volte: v., in proposito, CANELLA, Maria G., *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 847 ss.

¹³⁴⁰ In argomento, v. ZULBERTI, Martino, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell’art. 8 della l. n. 24/17*, in *Riv. arb.*, 2018, 97 ss.; ZUMPARO, Maria A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *NLCC*, 2017, 480 ss.; DONZELLI, Romolo, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1195 ss.; CARRATTA, Antonio, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino 2017, 95 ss.; RAGNI, Marika, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c.*, cit., 269 ss.

L’adempimento, peraltro, è posto come alternativo alla mediazione; il che non ha mancato di suscitare le perplessità della dottrina, sia perché il «gradiente tecnico» delle liti in materia rende tale istituto poco adatto (cfr. CONSOLO, Claudio - BERTOLLINI, Paolo - BUONAFEDE, Alice, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all’art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, 763), sia in quanto, pur prevedendo l’art. 8, comma 1, d.lgs. 2010, n. 28, che «[n]elle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l’organismo [di mediazione] può nominare uno o più mediatori ausiliari», si ritiene che gli obblighi di riservatezza di cui al successivo art. 9 ostino alla producibilità della consulenza tecnica nel successivo, eventuale giudizio: cfr. DONZELLI, Romolo, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., 1201, nota 21, ove ulteriori riferimenti. Non a caso, l’art. 2, comma 1°, lett. a) della bozza di “Delega al governo per la riforma del processo civile e per la revisione della disciplina degli

Nell'occasione, il legislatore sembra aver implicitamente riconosciuto alcune delle storture che normalmente affettano la qualità dell'apporto esperto: da un lato, imponendo la collegialità della valutazione (come già richiesto, nei casi di responsabilità medica, dall'art. 62 del Codice deontologico medico)¹³⁴¹; dall'altro, eliminando il potere del giudice di nominare soggetti non iscritti all'albo, la cui costituzione e tenuta diviene, dunque, fondamentale. A tal fine, l'art. 15, commi 2 e 3, prevede che negli albi di cui agli artt. 13 disp. att. c.p.c. e 67 disp. att. c.p.p. siano «indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina» e che «[i]n sede di revisione», da effettuarsi a cadenza almeno quinquennale, sia «indicata, relativamente a ciascuno degli esperti [...], l'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati».

Previsioni, certo, da accogliere con favore; ma che rischiano di «rimanere priv[e] di piena attuazione atteso che il legislatore, omettendo di regolamentare sia le modalità di formazione dei nuovi elenchi contenenti i nominativi e le specializzazioni dei singoli consulenti d'ufficio, sia i termini entro i quali detti elenchi debbano essere formati, ha lasciato alla discrezionalità dei singoli Tribunali la determinazione degli stessi per uniformarsi alla nuova normativa». Ed infatti, al momento, «la prassi seguita è quella di nominare i consulenti tecnici sulla base dei vecchi elenchi che spesso sono formati da ogni singolo Giudice Istruttore sulla base di un numero circoscritto di medici legali di propria fiducia; nonché in spregio del sancito obbligo della collegialità peritale di procedere alla nomina di un singolo consulente tecnico, incaricando il collegio unicamente nell'ipotesi di eventuale richiesta avanzata dal nominato CTU, che ha dunque la facoltà di decidere se farsi assistere o meno, nell'espletamento delle operazioni peritali, da un esperto in materia (indicato peraltro dallo stesso ovvero selezionato sulla base di altre fonti conoscitive)». Di qui, la facile previsione che «in costanza di una tale situazione contrassegnata dall'assenza, sia di disposizioni normative chiare e specifiche, sia di predisposizione degli elenchi di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 15, ogni giudice sarà privo degli strumenti necessari per procedere alla nomina dei singoli esperti in materia sanitaria e conseguentemente adotterà sistemi e modalità applicativi diversi per la predisposizione degli elenchi, nonché per la

strumenti di risoluzione alternativa delle controversie” prevede(va), tra i criteri direttivi, quello di «escludere il ricorso obbligatorio, in via preventiva, alla mediazione in materia di colpa medica e sanitaria».

¹³⁴¹ GUIDI, Benedetta - OCCHIPINTI, Elena, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, in *Danno resp.*, 2019, 177 ss.

specifica individuazione degli “esperti delle discipline specialistiche riferite a tutte le professioni sanitarie”; infine, potrà diversamente identificare le “adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi” necessitate per la nomina dei consulenti d'ufficio nei procedimenti di cui all'art. 696-*bis* c.p.c.»¹³⁴².

Al di là della perfettibilità della disciplina dell'art. 696-*bis* e dei suoi derivati, esso può costituire una risposta (ma) solo parziale al problema che ci si è posti: in particolare, se l'istituto si lascia certamente apprezzare per il carattere di strumento *on demand* e per la capacità di valorizzare l'apporto esperto alla risoluzione dei litigi, le sue potenzialità applicative restano legate al presupposto che la complessità della causa sia legata *esclusivamente* al dato tecnico-scientifico, tanto che, appurato quello, le *divergent expectations* delle parti si azzerino. Quando, invece, vi sia incertezza (anche) in punto di diritto, l'accordo delle parti viene generalmente a mancare, e la consulenza, acquisita al giudizio, resta soggetta all'usuale valutazione discrezionale del giudice.

24. Una sintesi di virtù: la *special jury*.

Tuttavia, la tradizione di *common law* ci consegna uno strumento – forse ingiustamente trascurato – capace di unire, agli *stessi* benefici dell'accertamento tecnico preventivo, quello della *mixité* delle competenze, senza neppure scadere nelle possibili degenerazioni delle decisioni di gruppo: la *special jury*.

In effetti, benché si sia rilevato che «[i]n one sense, all juries were "special" at the inception of the jury trial» – in quanto il ruolo dei giurati, nel XIV secolo, si confondeva con quello di testimoni, sicché «it was presumed that jurors knew the facts of the dispute at hand since they were purposely chosen from the vicinity in which the conflict arose»¹³⁴³ –, più tecnicamente, l'espressione «*special jury*» è stata storicamente utilizzata per indicare tre

¹³⁴² FRATI, Paola - LA RUSSA, Raffaele - CAMPOLONGO, Armida A. - VIOLA, Rocco V. - ROMANO, Silvia - VOLONNINO, Gianpietro - FINESCHI, Vittorio, *Le innovazioni procedurali della novella Gelli e le reali prospettive di arginare il fenomeno del contenzioso sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1071-1072.

¹³⁴³ SUTTON, Rita, *A More Rational Approach to Complex Civil Litigation in the Federal Courts: The Special Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1990, 579; v. anche STRIER, Franklin, *The Educated Jury*, in *DePaul L.R.*, 1997, 58; OLDHAM, James C., *The Origins of the Special Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1983, 164.

diversi tipi di giuria, distinti in relazione alla particolare composizione o al metodo di formazione.

Anzitutto, con riferimento a quest'ultimo aspetto, se, di norma, una serie di potenziali giurati viene convocata (*venire*) per essere interrogata dal giudice e/o dagli avvocati delle parti (*voir dire*), affinché questi ultimi possano esercitare i *peremptory challenge* (che non richiedono giustificazione, ma sono consentiti in numero limitato) e i *challenge for cause* (il cui numero, invece, non è prefissato, ma che hanno successo solo qualora sia dimostrato il *bias* del soggetto in questione), in caso di c.d. *struck jury*, la base di partenza è già un gruppo limitato di persone, da cui vengono esclusi, uno alla volta ed a turno, i soggetti indicati (senza motivazione) dall'accusa e dalla difesa, sino a raggiungere il numero necessario alla composizione della giuria. Trattandosi di una modalità di selezione, pertanto, essa può combinarsi con gli altri tipi di *special jury*.

Quanto, alla qualità dei componenti, essi erano talora tratti esclusivamente da una classe sociale elevata – c.d. *blue-ribbon jury* –, talaltra erano scelti tra gli «esperti»¹³⁴⁴. Sotto quest'ultimo profilo, gli esempi nella storia inglese si rivelano copiosi e risalenti ad epoca ben antecedente ai 4 statuti¹³⁴⁵ che, tra il 1730 e il 1851, ne riconobbero espressamente l'esistenza e ne delinearono la disciplina: tra i casi riportati, una giuria di cuochi e pescivendoli, istituita nel 1394 per giudicare sull'accusa di «*selling bad food*»; una mista, composta in parte da librai e stampatori, che avrebbero potuto «*make the rest understand*» le questioni rilevanti in un caso di diffamazione del 1663; una di contadini, chiamata a quantificare il valore dei miglioramenti apportati da un fondo in una controversia del 1700¹³⁴⁶.

Al di là degli episodi puntuali, poi, giurie speciali del tipo in discorso erano ordinariamente istituite in relazione a materie specifiche: così, clerici ed avvocati decidevano delle questioni di fatto in materia di falsificazione di *writs*, estorsione e corruzione¹³⁴⁷; giurie esclusivamente composte da matrone (in un periodo in cui alle donne era interdetto

¹³⁴⁴ Sul metodo di selezione, v. AVANZINI, Alfredo, *Il reclutamento dei giurati nei Paesi di Common law*, in AMODIO, Ennio (a cura di), *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano, 1979, 247-248 nota 30.

¹³⁴⁵ Sui quali, v. THATCHER, Jeannette E., *Why Not Use the Special Jury*, in *Minn. L.R.* 1947, 235 ss.

¹³⁴⁶ OLDHAM, James C., *Trial by Jury. The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*, New York, 2006, 141.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, 141-142.

l'elettorato passivo alla *common jury*) valutavano l'effettivo stato di gravidanza delle condannate a morte, onde eventualmente differire l'esecuzione ad un momento successivo al parto¹³⁴⁸. L'esempio più famoso, peraltro, è costituito dalle giurie di mercanti, (molto) apprezzate¹³⁴⁹ e frequentemente utilizzate da Lord Mansfield alla *Court of King's Bench*, soprattutto tra il 1770 e il 1780, ma la cui tradizione è stata perpetrata dai Lords Ellenborough e Campbell nella metà del XIX secolo¹³⁵⁰.

Dal Regno Unito, la *special jury* si è poi spostata negli USA, dove, nel periodo post-costituzionale, almeno 18 Stati ne hanno fatto uso (di fatto, se non prevedendole in via legislativa¹³⁵¹); ad oggi, tuttavia, se la *struck jury* permane in una dozzina di Stati, quella speciale in senso proprio sopravvive solo in Delaware¹³⁵². Le ragioni di un simile declino, tuttavia, nulla hanno a che vedere con la sua funzionalità; esse meritano, quindi, di essere analizzate, al fine di verificare se – nel mutato contesto attuale, in cui tanto si discute di *complexity exception*¹³⁵³ – esse non vadano rivalutate, onde consentire un *revival* dell'istituto.

24.1 La costituzionalità della special jury: negli Stati Uniti

Di qui la necessità di stabilire, *in primis*, se la *special jury* possa ritenersi coperta dalla previsione del VII emendamento. Sotto questo profilo, appare *tranchant* in senso positivo l'argomento implicito nello stesso *historical test*: se la *common law* richiamata dalla disposizione costituzionale è quella vigente al 1791, è indiscutibile, alla luce di quanto osservato¹³⁵⁴, che essa, all'epoca, contemplava (anche) la *special jury*. Ed anzi, un recente studio ha messo in luce come, nell'unico caso pubblicato tra i pochi in cui anche la *Supreme*

¹³⁴⁸ *Ibid.*, 80 ss.: alla *Jury of Matrons* l'A. dedica l'intero capitolo 5.

¹³⁴⁹ Se appare scontato il giudizio positivo di Lord Mansfield – che, in *Lewis v Carter*, 2 Burr. 1167, 1168, 97 Eng. Rep. 769, 770 (K.B. 1761) ebbe ad osservare che «[t]he special jury (amongst whom there are many knowing and considerable Meerchants) [...] understood the Question very well, and knew more of the Subject of it than any Body else present; and formed their Judgement from their own Notions and Experience without much Assistance from anything that passed» – il coro è nutrito: v. OLDHAM, James C., *Trial by Jury*, cit., 158-159 per ulteriori citazioni.

¹³⁵⁰ OLDHAM, James C., *Trial by Jury*, cit., 153 ss.

¹³⁵¹ AVANZINI, Alfredo, *Il reclutamento dei giurati*, cit., 280, nota 114, elenca 15 statuti nazionali ancora in vigore al 1966.

¹³⁵² OLDHAM, James C., *Trial by Jury*, cit., 178 ss.

¹³⁵³ V. *retro*, § 17.1.2.

¹³⁵⁴ V. *retro*, § 24.

Court ha fatto uso della giuria (*Georgia v. Brailsford*¹³⁵⁵, datata 1794), quest'ultima era composta di mercanti: in altre parole, una *Mansfield jury*¹³⁵⁶.

La prossimità delle date segnalate al periodo di maggior utilizzo delle *merchant juries* presso il *King's Bench*, quindi, consente di sostenere che, all'epoca dell'introduzione della garanzia del *civil jury trial*, fosse intendimento comune che l'istituto potesse declinarsi anche nella versione a composizione speciale; ciò che, in base alla dottrina dell'*original meaning originalism*, fa concludere per la costituzionalità della *special jury*¹³⁵⁷.

La soluzione, peraltro, si scontra con la consolidata giurisprudenza della *Supreme Court*, secondo la quale la composizione della giuria deve rispecchiare una «*fair cross-section of the community*», al fine di garantire che il verdetto costituisca espressione del «*commonsense judgment*» della collettività. Di conseguenza, «*when any large and identifiable segment of the community is excluded from jury service, the effect is to remove from the jury room qualities of human nature and varieties of human experience, the range of which is unknown and perhaps unknowable*»¹³⁵⁸. Il c.d. *fair cross-section* o *representative requirement*, inoltre, assicurerebbe una «*diffused impartiality*» (perché i preconcetti di cui è portatore ciascun giurato sarebbero bilanciati – e quindi annullati – nel confronto con quelli degli altri) e la partecipazione nell'amministrazione della giustizia, intesa come «*civic responsibility*»¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ *Georgia v. Brailsford*, 3 U.S. (3 Dall.) 1 (1794).

¹³⁵⁶ SHELFER, Lochlan F., *Special Juries in the Supreme Court*, in *Yale L.J.* 2013, 123, 208 ss.; l'A. riporta, inoltre, l'esempio di molti *statute* dell'epoca che espressamente ammettevano giurie di mercanti: *ibid.*, 218-219.

¹³⁵⁷ In realtà, allo stesso risultato potrebbe giungersi anche mediante l'adozione dello *specific intent originalism* (ovvero, asserendo che fosse precisa volontà dei *framers* quella di includere anche la *special jury* nella copertura del VII emendamento); ciò, tuttavia, presuppone un'indagine volta ad accertare la reale *voluntas* dei costituenti, che non è possibile effettuare in questa sede. Anzi, la circostanza che la proposta di istituire una *special jury* per la determinazione dei salari dei senatori – contenuta in uno dei *draft* della Costituzione: cfr. Shelfer, Lochlan F., *Special Juries*, cit., 219, testo e nota 57 – non abbia avuto seguito, sembrerebbe deporre a sfavore di tale ipotesi (benché sia possibile argomentare che l'implicito rifiuto abbia riguardato la specifica proposta, e non l'utilizzo dell'istituto in sé). In base all'*original meaning originalism*, che si appunta sul significato che una determinata espressione aveva al tempo della redazione del testo, invece, la soluzione appare sufficientemente suffragata dalla serie di circostanze temporali indicate.

Sulle dottrine interpretative della Costituzione, originalistiche e non, v. CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law*^{5th}, cit., 12 ss.

¹³⁵⁸ *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, 530 (1975).

¹³⁵⁹ *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 95 S. Ct. 692, 698 (1975).

Vi sono, tuttavia, ragioni che inducono a circoscrivere l'importanza del requisito: anzitutto, sebbene nel *civil case Colgrove v Battin*¹³⁶⁰ la Corte suprema abbia incidentalmente notato che «*what is required for a 'jury' is a number large enough to facilitate group deliberation combined with a likelihood of obtaining a representative cross section of the community*», essa ha espressamente statuito sulla necessità del *representative requirement* solo con riferimento al processo penale¹³⁶¹.

In secondo luogo, è almeno a partire da *Williams v. Florida*¹³⁶² che la *Supreme Court* ammette la riduzione del numero dei giurati a sei (piuttosto che dodici), sulla base del rilievo che una simile riduzione non confligga «*in any meaningful sense*» con la necessità che la giuria sia «*large enough to promote group deliberation, free from outside attempts at intimidation, and to provide a fair possibility for obtaining a representative cross-section of the community*»; e tale giurisprudenza è stata confermata – proprio nel caso *Colgrove* – anche dopo la comparsa di studi (della cui esistenza la Corte stessa ha mostrato di essere edotta) che hanno dimostrato la stretta correlazione tra *jury size* e rappresentatività¹³⁶³.

Inoltre, può già dubitarsi che l'attuale sistema di selezione della giuria consenta di conseguire in concreto una composizione che rispecchi, in scala, quella della società: tra *statutory exclusions* – previste a favore dei membri delle forze armate e del corpo della polizia e dei pompieri, nonché dei pubblici ufficiali impiegati *full-time* (ed, anzi, ad essi imposte) – ed esoneri concessi secondo le regole stabilite dalle singole Corti (peraltro, spesso accusate di essere sin troppo generose nell'apprezzamento delle istanze di *economic hardship exclusion*¹³⁶⁴), il più delle volte il risultato finale è un *panel* rappresentativo, piuttosto, di una «*random cross-section of people in the community who could afford to spend 10 months*» o più «*servicing on a jury*»¹³⁶⁵. Senza contare, poi, che lo stesso sistema basato sull'utilizzo delle liste elettorali per trarre i nominativi dei potenziali giurati, cui sono poi somministrati dei questionari al fine di valutarne il possesso di un «*certain minimum*

¹³⁶⁰ *Colgrove v Battin*, 413 US 149, 160 (1973).

¹³⁶¹ SUTTON, Rita, *A More Rational Approach*, cit., 581.

¹³⁶² *Williams v. Florida* 399 U.S. 78 (1970).

¹³⁶³ ZEISEL, Hans, . . . *And Then There Were None: The Diminution of the Federal Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1971, 717-718, citato nella stessa *Colgrove v Battin*, che deve quindi ritenersi aver *scientemente* rinunciato ad una reale rappresentatività.

¹³⁶⁴ Consentite dal 28 U.S.C. § 1866(c)(1). Sul tema, v. ZUKLIE, Mitchell S., *Rethinking the Fair Cross-Section Requirement*, in *Cal L. Rev.* 1996, 146-147, testo e note 335-342.

¹³⁶⁵ *ILC Peripherals*, 458 F Supp 423, 448.

standard of literacy and comprehension» – adottato usualmente e mai contestato sotto questo profilo – appare suscettibile di escludere una porzione della società¹³⁶⁶.

Ad ogni modo, lungi dal volersi contestare la legittimità del metodo in parola, il rilievo dimostra come il *representative requirement* sia già implicitamente considerato recessivo rispetto all'esigenza di garantire un espletamento effettivo e consapevole della funzione; nella stessa logica, allora, appare più che naturale che, dinanzi a questioni che necessariamente richiedono conoscenze specialistiche per la propria comprensione, gli *standard* di selezione si adeguino di conseguenza. In particolare, appare possibile, nell'ambito di categorie di controversie particolarmente complesse ed in base ad una verifica caso per caso delle effettive difficoltà della disputa e degli specifici saperi tecnici necessari alla sua risoluzione, trarre i giurati da liste ridotte, composte da soli «esperti».

La soluzione suggerita, del resto, non pare confliggere con il precedente costituito da *Duren v Missouri*¹³⁶⁷, nel quale la *Supreme Court* ha identificato i 3 elementi in base ai quali deve essere scrutinata la legittimità delle previsioni relative alla selezione dei giurati rispetto al *representative requirement*. In particolare, «*a defendant, in order to establish a prima facie violation of that requirement, must show (1) that the group alleged to be excluded is a "distinctive" group in the community; (2) that the group's representation in the source from which juries are selected is not fair and reasonable in relation to the number of such persons in the community; and (3) that this underrepresentation results from systematic exclusion of the group in the jury selection process*»¹³⁶⁸.

Con riferimento al criterio *sub 1)*, infatti, può escludersi che i “non esperti” costituiscano un *cognizable group*, non essendo identificabili in base ad origini, razza, genere, età, condizioni psico-fisiche e/o socio-economico-culturali, orientamento politico, sessuale o religioso. Di conseguenza, neppure sarebbe identificabile un gruppo di cui eventualmente verificare la sistematica esclusione dall'ufficio di giurato delineata al punto *sub 3)*; senza contare che siffatta esclusione non sarebbe né *sistematica* (in quanto dipendente, come detto, dalle specifiche necessità del singolo processo), né *totale* (ciascun

¹³⁶⁶ Così KAWALEY, Ian, *The Fair Cross-Section Principle: Trial by Special Jury and the Right to Criminal Jury Trial under the Bermuda Constitution*, in *Int'l & Comp. L.Q.* 1989, 530 (il quale, peraltro, critica la decisione assunta nel caso *Tacklyn v The Queen*, Criminal Appeal No. 10/1976, inedita, dalla Corte suprema delle Bermuda, che ha ritenuto la costituzionalità della special jury nel processo penale).

¹³⁶⁷ *Duren v Missouri*, 439 U.S. 357 (1979).

¹³⁶⁸ *Ibid*, 358.

membro della collettività potendo sempre essere chiamato – a prescindere dalla propria cultura e/o competenza – a partecipare ad una *common jury*).

Il requisito *sub 2*), infine, appare andare oltre le previsioni del *Jury Service and Selection Act of 1968* (JSSA), che dichiara, fra l'altro, la «*policy of the United States that all litigants in Federal courts entitled to trial by jury shall have the right to grand and petit juries selected at random from a fair cross section of the community in the district or division wherein the court convenes*»¹³⁶⁹; previsione che, peraltro, è esplicitamente riferita ai (soli) processi federali, sicché è virtualmente concepibile una diversa soluzione adottata dai singoli Stati con riferimento ai procedimenti interni. Certo, è proprio alla luce della necessità di mantenere un rapporto di proporzionalità tra soggetti eleggibili e popolazione totale che Luneburg e Nordenberg¹³⁷⁰ propongono (solo) di elevare i requisiti minimi richiesti per l'iscrizione nelle liste dei potenziali giurati, consentendola esclusivamente ai possessori di un «*bachelor's degree from an accredited college or university*»¹³⁷¹. Gli Autori, infatti, riconoscono che «*both logic and these same general principles could lead one to conclude that even higher levels of competence could be achieved if even more stringent selection standards were applied. This would be true particularly if the educational specialities of jurors could be matched with the problems likely to arise in a particular case. The most capable special jury in a complex antitrust case, for example, might consist exclusively of persons possessing doctoral degrees in economics*»¹³⁷²; e tuttavia, ritengono di non potersi spingere oltre. D'altro canto, nella loro opinione, il possesso di un titolo d'istruzione superiore sarebbe, *di per sé*, sufficiente a garantire un elevato grado di comprensione dei fatti complessi da parte dei giurati, in quanto gli studenti apprenderebbero non solo «*generalizable concepts, principles and processes*», ma anche «*how to transfer that generalizable knowledge to new tasks in new contexts*»¹³⁷³.

¹³⁶⁹ 28 U.S.C. § 1861

¹³⁷⁰ LUNEBURG, William V. - NORDENBERG, Mark A., *Specially Qualified Juries and Expert Nonjury Tribunals*, cit., 887 ss.

¹³⁷¹ *Ibid.*, 947.

¹³⁷² *Ibid.*, 948

¹³⁷³ Come afferma BUTLER, F. Coit, *The Major Factors That Affect Learning: A Cognitive Process Model*, *Educational Technology*, 1977, 11, dagli stessi A. richiamato.

Ora, posto che non è chiaro quando un *College* o una Università possa dirsi «*accredited*», si è già visto¹³⁷⁴ come studi più recenti contestino la trasferibilità delle conoscenze da un *domain* all'altro; di conseguenza, la soluzione proposta pare inadeguata e difficilmente giustificabile alla luce della giurisprudenza costituzionale statunitense, per mancanza di proporzionalità tra la misura – che si traduce comunque in una restrizione del diritto di accesso alla giuria – ed il fine perseguito.

In realtà, l'ammissibilità di una vera *special jury* pare poter passare per un ripensamento del concetto di «*community*», nei casi di *complex litigation*: se è vero che, in linea generale, il presupposto da cui sono partiti i costituenti è che i giurati siano in grado di comprendere le questioni ad essi sottoposte e se si considera che, nei casi in discorso, «*trials confront jurors with evidence that only experts have no difficulty understanding*»¹³⁷⁵, sembra ragionevole affermare che sia qui alla *comunità degli esperti*, e non all'intera collettività, che va parametrata la rappresentatività della giuria.

Infine, va rilevato come, nello stesso *Duren case*, la Corte, pur ritenendo la giustificazione fornita dallo Stato del Missouri *nel caso specifico* insufficiente a fondare la discriminazione, ha riconosciuto che «*[a] State may have an important interest in assuring that those members of the family responsible for the care of children are available to do so. An exemption appropriately tailored to this interest would [...] survive a fair-cross-section challenge*». E se ciò vale per la *gender discrimination*, che è assoggettata all'*intermediate scrutiny*¹³⁷⁶, sembra *a fortiori* ammissibile una *classification* del tipo di quella proposta, e

¹³⁷⁴ V. *retro*, § 17.1.

¹³⁷⁵ LEMPERT, Richard O., *Civil Juries in Complex Cases: Taking Stock after Twelve Years*, in LITAN, Robert E., (ed.), *Verdict: Assessing the Civil Jury System*, Washington, 1993, 191.

¹³⁷⁶ Nella *footnote 4* in *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144, 152 (1938), la *Supreme Court* ha, infatti, posto le premesse per l'elaborazione di 3 livelli di scrutinio della costituzionalità delle leggi, sotto il profilo del bilanciamento, quando venga denunciata la violazione della *due process clause* o dell'*equal protection clause*. In ordine crescente di incisività del controllo, si incontrano, quindi, il *rational basis test*, in base al quale è sufficiente che la legge sia «*rationally related to a legitimate government purpose*»; l'*intermediate scrutiny*, che richiede che essa sia «*substantially related to an important government purpose*»; lo *strict scrutiny*, che si intende superato solo se l'atto normativo è «*necessary to achieve a compelling government purpose*». Quest'ultimo è riservato ai soli casi di *racial classification*. Cfr. CHERMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law*^{5th}, cit., 725 ss. e 790 ss.

Tecniche di bilanciamento simili, ispirate al principio di proporzionalità e derivate dall'esperienza tedesca, si ritrovano anche nelle Corti supreme e costituzionali dell'Europa continentale; in particolare, «il carattere saliente del giudizio di proporzionalità è dato dal fatto che esso consiste in una verifica in quattro fasi [...] delle scelte operate dal legislatore: [...] la prima fase, detta di “legittimità”, consiste nella verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali; [...] la seconda, consiste in una valutazione del rapporto mezzi-fini, in modo da assicurare che sussista una “connessione razionale” tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; [...] il terzo passaggio, quello della verifica della “necessità”, è volto a sincerarsi che il legislatore abbia fatto ricorso al *least-restrictive means*,

che sarebbe valutabile alla luce del *rational basis test*, per superare il quale è sufficiente un collegamento razionale tra lo strumento utilizzato ed il fine, che deve corrispondere ad un *legitimate interest* del Governo¹³⁷⁷.

Se quanto esposto appare ragionevole, allora, non sono solo motivi storici¹³⁷⁸ a suffragare l'idea che «[t]he reasonable-cross-section idea [...] need not to be all-consuming»¹³⁷⁹ e che, talvolta, «competence [can] prevail over representativeness»¹³⁸⁰.

24.2 La costituzionalità della special jury: in Italia

L'attenzione sin qui dedicata alla storia e alle possibilità attuali di conservare l'istituto della *special jury* negli Stati Uniti, se da un lato è apparsa necessaria a contestualizzare l'istituto ed a sottolinearne le immutate potenzialità, dall'altro evidenzia chiaramente la distanza delle questioni di ordine costituzionale che esso pone nell'ordinamento di origine rispetto a quelle eventualmente prospettabili a fronte di un ipotetico tentativo di introduzione dello stesso in Italia.

In effetti, nonostante l'assenza di un testuale riferimento alla giuria, sarebbe agevole risolvere la questione considerando che la formulazione finale dell'art. 102, comma 3, Cost., nel rimettere alla «legge» la «regola[zione de]i casi e [del]le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia», appare sufficientemente ampia da fornire un addentellato costituzionale alla giuria (non solo *comune*, ma anche) *speciale*. Del resto, se, allo stato, quello «a far parte di una giuria popolare è», al contempo, «un diritto politico, [...] riconducibile al diritto ad accedere agli uffici pubblici, garantito dall'articolo

allo strumento che permette di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; [...] la quarta fase è quella della "proporzionalità in senso stretto" ed esamina gli effetti dell'atto legislativo, mettendo a raffronto e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell'obiettivo cui il legislatore mira e i costi, cioè i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco». E, sebbene siano «del tutto estrane[e] all'esperienza italiana [...] l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità», «ciascuna di esse, individualmente considerata, ricorre con regolarità nei giudizi sulle leggi in Italia»: cfr. CARTABIA, Marta, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, su www.cortecostituzionale.it, 4-6.

¹³⁷⁷ V. nota precedente.

¹³⁷⁸ Che costituiscono il principale argomento di OLDHAM, James C., *Trial by Jury*, cit., *passim*.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, 212.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, 210.

51 della Costituzione»¹³⁸¹ ed un «ufficio [...] obbligatorio [...] parificato a tutti gli effetti all'esercizio delle funzioni pubbliche elettive»¹³⁸², ben potrebbe il legislatore ancorarne i requisiti di accesso – rispetto ai quali la sua discrezionalità trova un limite nel perseguimento di un interesse pubblico e nel principio di ragionevolezza¹³⁸³ – alla specifica professionalità richiesta dal tipo di controversia. Ed infatti, se è vero che «l'art. 51 Cost. [...] rappresenta specificazione del più generale principio d'eguaglianza»¹³⁸⁴, esso «contiene anche un rinvio alla legge ordinaria; riconosce, cioè, al legislatore ordinario la facoltà di disciplinare in concreto l'esercizio dei diritti garantiti; di fissare, cioè, le relative modalità, a condizione, però, che non risultino menomati i diritti riconosciuti. Egli ha, cioè, il potere di disciplinare in modo diverso situazioni che ritiene abbiano carattere di particolarità, a condizione [...] che la diversità di trattamento si ispiri a criteri di razionalità e risultino prese in considerazione intere categorie e non singoli cittadini»¹³⁸⁵; ciò che avverrebbe, appunto, nella specie.

Potrebbe, tuttavia, obiettarsi che una simile “variante” contraddica quella distinzione, operata rispettivamente dai commi 3 e 2 dell'art. 102 Cost., tra «partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» e «partecipazione di cittadini idonei» alle sezioni specializzate: come insegna la Consulta, invero, non è possibile «prescinde[re] dalla diversa funzione» «assegna[ta] nei due casi all'intervento nei collegi giudicanti di personale estraneo alla Magistratura», salvo «privare l'ultimo comma di ogni significato, risolvendosi in una pura e semplice ripetizione del precedente. La finalità che, invece, giustifica la "partecipazione" di cittadini alle Sezioni specializzate non é quella di farvi risuonare la voce

¹³⁸¹ Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1138, in *Foro amm. CDS*, 2004, 762.

¹³⁸² Art. 10, l. 10 aprile 1951 n. 287, come sostituito dall'art. 2-bis d.l. 14 febbraio 1978, n. 31.

¹³⁸³ MIDIRI, Mario, *Sub art. 51*, in BIFULCO, Raffaele - CELOTTO, Alfonso - OLIVETTI, Marco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1016 ss.

¹³⁸⁴ Corte cost., 28 novembre 1972, n. 166, in *Foro it.*, 1972, I, 3313. Peraltro, è noto che il principio espresso dall'art. 3 Cost. «comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone», mentre, «ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono»: cfr. Corte cost., 2-15 aprile 1993, n. 163, in *Foro it.*, 1994, I, 696, enfasi aggiunta.

¹³⁸⁵ Corte cost., 23 maggio 1985, n. 158, in *Foro it.*, 1986, I, 361.

di una generica “coscienza sociale”, bensì l'altra di acquisire l'apporto di conoscenze tecniche o di particolari esperienze di vita, quando ciò sia riconosciuto utile ad una migliore applicazione della legge ai rapporti concreti»¹³⁸⁶.

Un primo argomento che porta a non estremizzare tale distinzione, peraltro, risiede già nella constatazione che una *special jury* non solo è riconoscibile nell'esperienza francese post-rivoluzionaria¹³⁸⁷, che ha più da vicino ispirato la nostra, ma ha costituito pure una delle possibilità vagliate dalla nostra Assemblea Costituente.

Quanto alla Francia, infatti, nonostante le spinte egalarie figlie della rivoluzione – che, seppur non portate alle estreme conseguenze, determinarono l'opzione della Costituente per una scelta dei giurati nell'ambito dell'elenco degli elettori –, come ricorda Padoa Schioppa, «per alcuni reati il cui accertamento richiede[va] particolari competenze – falso, bancarotta, concussione, malversazione – [era] prescritta la formazione di giurie speciali [...] sulla base di speciali elenchi di nomi predisposti dal *procureur-syndic*»¹³⁸⁸; e la circostanza, segnalata dall'Autore, che l'inciso richiedente che la scelta fosse effettuata tra soggetti «*ayant les connaissances relatives au genre de délit*» non sia stato oggetto di dibattito lascia immaginare una sostanziale concordia tra i membri dell'Assemblea¹³⁸⁹.

Con riferimento all'Italia, poi, se la profonda spaccatura tra le posizioni assunte nei confronti dell'istituto nel corso dei lavori ha condotto ad eliminare ogni riferimento alla giuria popolare dal testo dell'art. 96 del progetto di Costituzione¹³⁹⁰, l'on. Persico aveva immaginato di estenderla a tutti i giudizi penali, (ma) «[c]on questa specialità: che tutte le volte che, per dichiarazione delle parti o per la natura del processo, sorga una questione tecnica, almeno due dei giurati dovranno essere esperti della materia. Si tratterà di

¹³⁸⁶ Corte cost., 30 dicembre 1961, n. 76, in *Foro it.*, 1962, I, 1 ss.

¹³⁸⁷ Su cui v. PADOA SCHIOPPA, Antonio, *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, in PADOA SCHIOPPA, Antonio (a cura di), *The Trial jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlino, 1987, 75 ss.; SCHNAPPER, Bernard, *Le jury français aux XIX et XXème siècles*, ivi, 165 ss.; PLOSCOWE, Morris, *Jury Trial in France*, in *Minn. L.R.*, 1945, 29, 376 ss.

¹³⁸⁸ PADOA SCHIOPPA, Antonio, *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, cit., 139, testo e nota 400.

¹³⁸⁹ Del resto, le stesse giurie speciali, in prosieguo di tempo, furono dotate di ulteriori competenze in materia di crimini politici: cfr. SCHNAPPER, Bernard, *Le jury français aux XIX et XXème siècles*, cit., 171.

¹³⁹⁰ PIZZORUSSO, Alessandro, *Sub art. 102*, in GUASTINI, Riccardo - PIZZORUSSO, Alessandro, *La Magistratura*, Tomo I, in BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1986, 231, testo e nota 1.

falsificazione di moneta, ci saranno due giurati funzionari della Zecca; saranno reati di falsa scrittura, vi saranno due periti calligrafici [...]»¹³⁹¹.

In secondo luogo, se è certo che, nel concepire il testo dell'art. 102, commi 2 e 3, Cost., l'Assemblea Costituente avesse in mente, rispettivamente, il processo civile¹³⁹² e quello penale¹³⁹³ e, quindi, la differente utilità ad essi derivante dall'ammettere a partecipare «estranei» (art. 108, comma 2, Cost.) alla funzione giurisdizionale – l'apporto, nel primo caso, di un elemento tecnico, e, nel secondo, della sensibilità dell'uomo della strada –, la lettera delle previsioni che ne sono scaturite, che a tale predestinazione non fa riferimento, si presta, oggi, ad una rilettura, che consente di superare l'apparente contraddizione sopra menzionata.

Il discorso si salda con quanto si è già affermato più volte in precedenza: in un sistema, quale il nostro, in cui «[l]a giustizia è amministrata in nome del popolo» (art. 101, comma 1, Cost.) da soggetti che non sono da quest'ultimo eletti, «gli operatori giudiziari trovano la propria legittimazione [...] nella preparazione professionale che li qualifica e li rende capaci di dare [...] la risposta corretta al caso sottoposto al loro esame»¹³⁹⁴, più che nella teoria della *contemplatio domini*¹³⁹⁵. Invero, nel momento in cui si afferma che la sovranità popolare è garantita (mediatamente) dalla sottoposizione del giudice solo alla legge e dalla sua imparzialità ed indipendenza nell'interpretarla¹³⁹⁶, appare evidente la necessità, da un lato, di verificare nell'interprete la presenza della massima «professionalità» esigibile – non a caso esaminata tramite concorso, riconosciuto quale «metodo che [...] offre le

¹³⁹¹ ASSEMBLEA COSTITUENTE, CCLXXXIV, *Seduta di sabato 8 novembre 1947*, disponibile su <http://storia.camera.it>, 1879-1880

¹³⁹² Rispetto al quale le sezioni specializzate possono ritenersi il risultato di un compromesso, dinanzi al rigetto dell'opzione – pur autorevolmente sostenuta – di limitare il divieto di giudici speciali al solo ambito penale: cfr., sul dibattito, SCARSELLI, Giuliano, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, cit., 165 ss.

¹³⁹³ Come ricorda PIZZORUSSO, Alessandro, *Sub art. 102*, cit., 231, il testo dell'art. 102, comma 3, Cost., «fu modificato nel corso del dibattito assembleare» rispetto a quello molto più esplicito, dell'art. 96 del progetto di Costituzione, a propria volta derivato dall'art. 21 del progetto Calamandrei, «onde evitare di prendere posizione in modo troppo netto intorno al problema della giuria popolare, sul quale esistevano divergenze di opinioni piuttosto nette»; ma il riferimento è sempre stato esclusivamente al processo penale.

¹³⁹⁴ PICARDI, Nicola, *La giurisdizione tra Stato e Comunità*, in PICARDI, Nicola, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 189-190.

¹³⁹⁵ Come elaborata da CRISAFULLI, Vezio, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 143 e da questi ritenuta valevole «in linea generale, con riferimento, cioè, una volta per tutte, all'intera parte della potestà di governo il cui esercizio è demandato alla persona giuridica statale»; con la precisazione, tuttavia, che «[p]er talune manifestazioni [...] della sovranità, esistono anche ulteriori più specifiche disposizioni, che ribadiscono tale requisito. Così, per la funzione giurisdizionale, l'art. 101 [...]»

¹³⁹⁶ MOSCHELLA, Giovanni, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano 2009, 2 ss.

migliori garanzie di selezione dei più capaci»¹³⁹⁷ – e, dall’altro, di richiedergli, nello svolgimento del proprio ufficio, di «spogliarsi di tutto ciò che non appartiene alla sua fredda razionalità, ma in qualche modo tocchi la sfera dei sentimenti, delle ideologie, delle passioni»¹³⁹⁸.

E tuttavia, questo ideale di giudice, che conosce la legge e solo quest’ultima deve rigorosamente applicare, se è già difficilmente attingibile, non è sempre adeguato neppure a livello teorico: così, se è vero che «la scelta della preparazione da dare ai giudici [...] è questione politica»¹³⁹⁹, ancorata alla valutazione statistica delle competenze ad essi necessarie per lo svolgimento del proprio compito, e se può ancora ritenersi che «normalmente importano più le cognizioni giuridiche, [sicché, giustamente] si vuole che il giudice sia un giusperito»¹⁴⁰⁰, deve pure ammettersi che, con riferimento a tutto quanto fuoriesce dalla «professionalità» “testata” durante il concorso, egli non è che un *uomo comune*, le cui convinzioni etiche e/o conoscenze specialistiche in ogni altro campo dello scibile non valgono né più né meno di quelle di un *quivis de populo*; donde il deficit di legittimazione ogniqualvolta la risoluzione della controversia non necessiti di *quella* professionalità: vuoi perché *eccessiva* – richiedendosi, allora, che il «popolo» partecipi alla «detecnicizzazione del giudice» –, vuoi perché *altra* rispetto allo scopo; e allora soccorreranno i cittadini idonei a fini di «*accrescimento [...] del tecnicismo del giudice*».¹⁴⁰¹

In quest’ottica, allora, *entrambe* le previsioni di cui si discute possono essere lette quali attributive al legislatore ordinario del potere di rimediare, nei casi in cui lo ritenga opportuno, ad un difetto di rappresentatività dei «magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario»; e anzi, mentre nel campo del diritto penale perde sempre maggiormente terreno l’idea del necessario bisogno di far ricorso al popolo in senso

¹³⁹⁷ Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, in *Foro it.* 2005, I, 38 ss. Del resto, già Calamandrei si era espresso nel senso che «il sistema migliore per la nomina dei giudici [fosse] quello [...] del concorso, in quanto solo il concorso può accertare i requisiti tecnici e culturali indispensabili per il migliore espletamento delle funzioni giudiziarie»: cfr. COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, SECONDA SOTTOMISSIONE (SECONDA SEZIONE), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 5 dicembre 1946 della dell’Assemblea Costituente*, su www.camera.it. Ma si è già detto *retro*, §§ 12.1.1 e 12.2 dei limiti che presenta lo strumento *oggi*, in rapporto all’evoluzione non sistematica delle fonti.

¹³⁹⁸ VERDE, Giovanni, *Questione giustizia*, cit., 22.

¹³⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 74 nota 61.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

¹⁴⁰¹ SEVERINI, Giuseppe, *Unità della giurisdizione, giudici speciali e specializzati*, in DE NUNZIO, Wladimiro (a cura di), *La specializzazione nella giurisdizione*, Perugia, 2001, 162 (corsivo originale).

detecnicizzante¹⁴⁰², può affermarsi con molta più sicurezza che, *in generale*, se, da un lato, «*the inherent jurisdiction of the court gives it an absolute right to determine the cases before it*», dall'altro, «*the sound administration of justice requires that the court does not hand down decisions that are based on beliefs about facts that would not be accepted as justified by those in society who are specialists in such matters*»¹⁴⁰³.

Alla luce di tale interpretazione, l'art. 102, comma 3, Cost., conserva un significato distinto dal comma 2, in quanto si pone con esso in un rapporto di genere a specie, sia nell'*anche* nel *quomodo*: ogniqualvolta il legislatore riconosca il giudice-giurista come *inadeguato* al compito, può soccorrere la «partecipazione diretta del popolo», non ulteriormente qualificato, «all'amministrazione della giustizia», pensata tuttavia come *estemporanea*; quando, invece, l'inadeguatezza sia stimabile come sistematica – in quanto dovuta alla specifica carenza di una determinata *expertise* – e dunque da risolversi preferibilmente mediante l'istituzione di un'articolazione *permanente* dell'Ufficio giudiziario, il potere legislativo è costituzionalmente condizionato, non potendosi ammettere all'incarico, *indiscriminatamente*, tutti i «cittadini», ma solo quelli «idonei»¹⁴⁰⁴.

Se questo è vero, *ogni* giuria, per quanto speciale, in virtù della propria natura tipicamente avventizia si sottrae alla *necessità* di riempire i requisiti dell'art. 102, comma 2, Cost.; ciò che non vieta al legislatore di richiederli, muovendosi nel più ampio spazio di discrezionalità lasciategli dalla previsione del comma 3, nell'alveo del quale può, quindi, tranquillamente iscriversi la *special jury*.

¹⁴⁰² In tal senso, fra gli altri, PISANI, Mario, *La Corte d'assise e il giudizio d'appello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3 ss.; il che è certamente comprensibile, soprattutto laddove si pensi al modello attuale delle Corti d'assise – tanto in primo che in secondo grado –, che, rifacendosi allo scabinato, assegna indistintamente a tutti i componenti del collegio il giudizio sul fatto e sul diritto. Si è già visto *retro*, § 17.3, tuttavia, che permangono tuttora casi in cui la diversa estrazione socioeconomica del giudice lo rende effettivamente poco avvezzo al giudizio sul fatto (finanche) comune.

¹⁴⁰³ DWYER, Deirdre, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, cit., 113, enfasi aggiunta.

Del resto, «[l']esigenza cognitiva riguarda tanto il giudizio di fatto quanto il giudizio di diritto»; e se «gli errori di fatto commessi nel processo sono documentabili per lo più solo sulla base di prove, la cui disponibilità non è né pubblica né durevole», non sono solo gli «errori nell'interpretazione della legge, nella ricerca delle qualifiche giuridiche» ad esser «sempre documentabili, soggetti al pubblico controllo» e alla «dialettica tra la giurisprudenza e la dottrina»: ciò «accade [anche] per le teorie e le ipotesi esplicative che l'evolversi della scienza smentisce o convalida» (cfr. FERRUA, Paolo, *Il giusto processo*³, Bologna, 2012, 35). Se ne può dedurre che, se la coincidenza dell'accertamento con il fatto storico – *anche comune* – non può *davvero* essere soggetta all'opinione pubblica, può esserlo l'insieme di fatti normativi (non solo giudici, ma anche tecnico-scientifici).

¹⁴⁰⁴ Ancora una volta, può notarsi la convergenza con il disposto dell'art. 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, su cui v. *retro*, § 12.1.1.

25. La *special jury* come modello: il giudice complesso

L'ipotizzata legittimità costituzionale dell'istituto, tuttavia, non appare, di per sé, sufficiente a consigliarne l'adozione: per quanto, infatti, il panorama internazionale non manchi di offrire esempi di ordinamenti risoltisi solo in tempi recenti all'introduzione (o reintroduzione) della giuria¹⁴⁰⁵, può dubitarsi che – allo stato – il nostro sistema sarebbe in grado di reggere alla novità; e ciò non solo perché la diffusa convinzione – tra l'altro, parzialmente smentita¹⁴⁰⁶ – che la giuria sia «*the most time-consuming and expensive form of lay participation*»¹⁴⁰⁷ mal si concilierebbe con il neo-introdotta principio di equilibrio nel bilancio in materia di amministrazione della giustizia¹⁴⁰⁸, ma anche (e prima ancora) in ragione della struttura (fisiologica) e dei tempi (patologici) del processo italiano, chiaramente inadeguati all'innesto dell'istituto¹⁴⁰⁹. Piuttosto, appare maggiormente proficuo, a valle di un minimo processo di astrazione, analizzare la *special jury* come *modello di giudice* (ancora una volta giustificabile sulla base del costituzionalmente ammissibile ausilio di «cittadini idonei»).

Anzitutto, in quanto appartenente al *genus* “giuria”, infatti, essa costituisce il prototipo del tribunale complesso – ovvero di «quell'organo giudicante [...] nel quale il potere di decisione si trova repartito tra diversi organi, ciascuno funzionante entro una

¹⁴⁰⁵ Così, ad esempio, è avvenuto in Spagna nel 1995: cfr. JIMENO-BULNES, Mar, *Lay participation in Spain: the jury system*, in *International Criminal Justice Review* 2004, 14, 164 ss.

¹⁴⁰⁶ EISENBERG, Theodore - CLERMONT, Kevin M., *Trial by Jury or Judge: Which is Speedier?*, in *Judicature*, 1995-1996, 176.

¹⁴⁰⁷ MACHURA, Stefan, *Civil Justice*, cit., 242.

¹⁴⁰⁸ V. AULETTA, Ferruccio, *L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato*, cit.; ID., *Equilibrio del bilancio e amministrazione della giustizia*, cit.

¹⁴⁰⁹ Laddove, come noto, l'estrema concentrazione processuale, tipica dei Paesi di *Common Law*, ha origini storico-pratiche che risiedono proprio nella generalizzazione della giuria: sono i problemi logistici ad essa connessi, infatti, ad aver reso necessaria una configurazione del *trial* come «evento centrale e concentrato del processo»: cfr. MERRYMAN, John H., *La tradizione di Civil Law nell'analisi di un giurista di Common Law*, Milano, 1973, 168-169.

L'inconveniente non potrebbe superarsi neppure con l'auspicabile adozione del modello sequenziale: come si è visto *retro*, § 6.2.1, esso, nella sua teorizzazione pura, determinerebbe una scansione processuale esattamente coincidente con quella tipica del processo anglosassone, ove – tuttavia – nel corso del *trial* non v'è che attività dibattimentale. Nel processo italiano, invece, salva la breve parentesi del processo societario (introdotta con d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 e abrogato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69), manca una fase di *pre-trial*: la conseguente necessità di assegnazione di una serie di termini successivi per il completamento delle attività difensive renderebbe quindi impossibile in ogni caso evitare un procedimento ad intermittenza.

determinata sfera di attribuzioni e quindi fornito di una propria competenza» – di cui discorreva Calamandrei: ogni componente (giudice e giuria) «esercita in modo indipendente ed esclusivo una speciale porzione della funzione giurisdizionale»¹⁴¹⁰, cosicché la decisione ultima sarà una sentenza complessa, frutto della *somma*, e non della fusione, di più manifestazioni di volontà. In virtù del particolare meccanismo di selezione, poi, essa avvicina l'organo giudicante complessivamente inteso a quell'ideale di giudice che «[t]eoricamente [...] dovrebbe possedere tutte le cognizioni» – giuridiche e tecniche – «necessarie a ricavare dal fatto bruto la conseguenza ultima»¹⁴¹¹, con una tecnica da ritenersi ben più razionale ed efficace di quella invalsa nei collegi misti¹⁴¹², che finiscono inevitabilmente per sacrificare almeno una delle competenze (pur) rappresentate in seno all'organo collegiale¹⁴¹³. Il tutto, senza richiedere l'istituzione di Uffici permanenti, e quindi senza porre problemi di costi, di reclutamento del personale, di ripartizione della competenza *ratione materiae*, di stima preventiva del contenzioso e di prossimità all'utente¹⁴¹⁴.

Ma un tribunale complesso non necessita della disparità, né della composizione collegiale di ciascuno dei propri organi: al contrario, può immaginarsi persino un *panel* bipersonale, eppure insuscettibile di ritrovarsi *deadlocked*, grazie alla *reale* divisione del lavoro che si verifica quando ciascuno è (unico) titolato a statuire sulla porzione di questioni di propria competenza. Se questo è vero, allora, il modello è perfettamente trasponibile al rapporto giudice-esperto... trasformando in organo giudicante *anche* quest'ultimo.

26. Ragioni e modalità della riforma

Le ragioni sono facilmente comprensibili: a parte il rilievo – di cui si è già ampiamente dato conto¹⁴¹⁵ – che «già per porre i giusti quesiti al perito occorre una conoscenza della materia tutt'altro che superficiale»¹⁴¹⁶ e che, prima ancora, «[a]ppare come un paradosso rimettere fideisticamente al giudice, che sa di non disporre delle conoscenze

¹⁴¹⁰ CALAMANDREI, Piero, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 228-229.

¹⁴¹¹ CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, cit., 74 nota 61.

¹⁴¹² CALAMANDREI, Piero, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 229, testo e note 2-4.

¹⁴¹³ V. *retro*, §§ 21 ss.

¹⁴¹⁴ V. *retro*, §§ 13.2 ss. e 14.2.4.

¹⁴¹⁵ V. *retro*, § 17.3.3.

¹⁴¹⁶ BRESCIANO, Mario, *I principi di specializzazione nei settori scientifici e nell'ambito giurisdizionale*, in DE NUNZIO, Wladimiro (a cura di), *La specializzazione nella giurisdizione*, cit., 20.

occorrenti per formulare un giudizio sui fatti, l'individuazione incontrollata dello scienziato più valido ed attendibile»¹⁴¹⁷, la riqualificazione (in larga misura solo) formale del consulente appare premessa necessaria ad approntare meccanismi di selezione ben diversi da (e migliori di) quelli attualmente invalsi, ovvero l'iscrizione all'albo dei CTU – in base a «requisiti ormai tralattati, generici e che non garantiscono la professionalità del consulente, laddove proprio l'oggettiva competenza degli iscritti dovrebbe fare da contrappeso all'enorme discrezionalità del giudice»¹⁴¹⁸ – e la «nomina» ad opera del giudice¹⁴¹⁹.

Sintetizzando e riordinando il risultato del ragionamento che andrà costruito per gradi, il modello proposto mira a sottrarre al giudice la discrezionalità nell'apprezzamento dell'*an* della consulenza, così come la potestà di scelta del consulente; quest'ultimo, tramite la legittimazione fornitagli dall'appartenenza al(la classe rilevante del) popolo e dalle parti, dovrebbe coerentemente assurgere alla qualifica di giudice. Con la conseguenza che, in esito ad un procedimento in contraddittorio – già sostanzialmente modellato su quello davanti all'organo togato – e con poteri ufficiosi almeno pari a quelli riconosciuti a quest'ultimo, il tecnico dovrebbe poter produrre non già una consulenza, bensì una frazione di decisione; la quale, proprio in virtù dell'estrazione del giudice-tecnico, dovrebbe non solo essere vincolante, ma neppure sindacabile nel merito, salvi casi eccezionali.

Si tratta, evidentemente, di una proposta che non può trovare, al momento, basi normative cui agganciarsi: al contrario, essa, così come crudamente posta, non può mancare di suscitare forti perplessità. Ciononostante, le riscontrate storture nello stato attuale della disciplina del giudizio sul fatto tecnico-scientifico sembrano giustificare quantomeno il *tentativo* di sostenerla, sulla base della convinzione che, se finora i canali tradizionali non hanno saputo offrire una risposta soddisfacente, potrebbe essere il caso di uscire dalla strada battuta.

¹⁴¹⁷ SCARPA, Antonio, *La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?*, in *Giust. ins.*, 2009, 98.

¹⁴¹⁸ MOCCI, Mauro, *La scelta del consulente tecnico d'ufficio*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 601.

¹⁴¹⁹ Cfr. AULETTA, Ferruccio, *La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?*, in *Giust. ins.*, 2009, 101 ss.

26.1 La divisione del lavoro imposta a garanzia del principio di uguaglianza

L'opportunità di rendere obbligatorio il ricorso all'esperto ogniqualvolta la controversia involga la risoluzione di una questione esorbitante dal dominio di conoscenza ordinario del giudice è già stata abbondantemente argomentata, alla luce dell'impossibilità di fare razionale affidamento sull'autovalutazione del magistrato quale elemento di discriminazione ragionevole tra situazioni uguali¹⁴²⁰. Trattandosi, quindi, del profilo verosimilmente meno problematico della ricostruzione, sembra doversi solamente aggiungere che l'obbligatorietà andrebbe comunque subordinata, da un lato, alla non manifesta inutilità di procedere all'accertamento e/o alla valutazione del fatto tecnico (esattamente come si ritiene debba avvenire nella valutazione del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*); dall'altro, al raggiungimento della soglia di attività esigibile dalle parti, che varia a seconda che la consulenza da disporsi sia deducibile o percipiente¹⁴²¹.

26.1.1 Non solo scienza: la perizia giuridica

Di norma, quando si definisce in senso residuale l'ambito di operatività di un istituto, esso acquista una vocazione espansiva: così, se la consulenza soccorre ogniqualvolta il giudice non sia dotato istituzionalmente di una competenza necessaria alla risoluzione della controversia che pende innanzi a lui, può trovare spazio anche la perizia giuridica. L'istituto, seppur non sconosciuto in Europa¹⁴²², non pare in realtà aver mai attirato un grande interesse scientifico: la sua ultima, compiuta, teorizzazione è quella di Biondi, che tuttavia appare ancora eccessivamente ancorata al mito del principio *iura novit curia*¹⁴²³. L'Autore, infatti, nell'ammetterlo – sebbene sotto la diversa denominazione di perizia politica –, precisa che il perito non fornisce al giudice una regola giuridica, in quanto «[u]na sola forma di ignoranza l'ordine giuridico nega “a priori” nel giudice: *l'ignoranza delle norme giuridiche*»¹⁴²⁴, sicché «queste il giudice conosce (deve conoscere) per il fatto medesimo di

¹⁴²⁰ V. *retro*, § 17.3.1.

¹⁴²¹ V. *infra*, § 24.3.4.

¹⁴²² Una forma di perizia giuridica è ammessa in Germania, Estonia, Grecia, Malta, Olanda e Polonia: cfr. *Civil law expert reports 2015*, 11.

¹⁴²³ Che si è già tentato di sfatare: v. ancora *retro*, 12.1.1.

¹⁴²⁴ BIONDI, Pompeo, *La perizia giuridica*, cit., 45.

essere giudice»¹⁴²⁵. Un simile declassamento teorico dell'apporto del perito e il ristretto ambito di operatività della perizia politica (le «norme c.d. *vessate* dell'ordinamento positivo»¹⁴²⁶) risultano certamente strumentali al fine dell'Autore di affermare la libera valutabilità dell'apporto del consulente da parte del giudice; ma, nel caso che occupa, l'ipotesi da considerare è piuttosto quella – da Biondi ritenuta «non affatto qualificabil[e] come perizia» – del consulente chiamato ad individuare la norma applicabile ed accertarne il contenuto, come nel caso del diritto consuetudinario o del diritto straniero. E, comunque si voglia indicare tale attività – peritale o di semplice fornitura della «fonte materiale di diritto» – «il giudice ascolta il soggetto come se leggesse un codice e non è affatto libero [...] di non accettare la regola fornita dal soggetto: deve assumerla senz'altro»¹⁴²⁷. In sostanza, utilizzando il lessico di Biondi, si tratterebbe, in questo caso, non di perizia politica, ma di perizia tecnica, ovvero quella che «rende possibile la decisione»¹⁴²⁸; e, come tale, deve essere *assunta* a sua base.

L'utilità di una perizia giuridica appare evidente con riferimento al diritto straniero, la cui cognizione è da sempre problematica. Sul punto, in Francia, la *Cour de cassation* ha nel corso degli anni enunciato *tutte* le soluzioni possibili: inizialmente orientata verso l'esclusione di un dovere di applicazione officiosa da parte del giudice, la Corte ha a lungo ritenuto che l'onere della prova gravasse invariabilmente sull'attore (quand'anche la legge straniera fosse stata invocata dal convenuto); e l'evidente potenzialità dilatoria insita in tale indirizzo ha trovato correttivi solo negli anni '80, essendosi imputato l'onere della prova alla parte che la invocasse ed ammessa la supplenza del diritto francese in caso di mancato accertamento del contenuto della legge straniera. Il trasferimento al giudice del poterdovere di accertamento di quest'ultima si è avuto solo gradualmente: inizialmente limitato alle ipotesi di diritti indisponibili, è solo con gli *arrêts Aubin* e *Itraco* del 2005 che si è riconosciuto un dovere di conoscenza officiosa della legge straniera, seppur configurata come obbligazione di mezzi (che, pertanto, si arresta innanzi all'impossibilità materiale di

¹⁴²⁵ *Ibid.*, 25.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, 47.

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ *Ibid.*, 66 e *passim*.

procedervi) e, comunque, «*subsidaire aux diligences des parties bien que cette subsidiarité ne vaille en aucun cas exception, le juge se devant de résoudre la question litigieuse*»¹⁴²⁹.

Anche la soluzione da ultimo accolta dall'ordinamento italiano, con l'art. 14, l. 31 maggio 1995, n. 218, nel porre fine alle incertezze giurisprudenziali (distinguendosi infatti, prima dell'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato, tre orientamenti: uno che, ritenendo quella della conoscenza della legge straniera una *quaestio facti*, applicava alla stessa le regole ordinarie in materia di onere della prova; un secondo, che riteneva il relativo accertamento come frutto di una collaborazione tra giudice e parti, ferma restando la possibilità, per il primo, di supplire all'inerzia o all'insuccesso delle seconde; un terzo, infine, che equiparava *in toto* il trattamento della legge straniera a quella interna), considera l'eventualità che il giudice non riesca – nonostante anche l'eventuale appello alla collaborazione delle parti – a stabilire il contenuto della legge straniera¹⁴³⁰.

Ma, laddove si consideri che «*[f]oreign law and scientific facts are neither law nor fact for roughly the same reasons. Approaching them as factual questions neglects their status as generalized inquiries subject to external verification. Approaching them as legal questions ignores judges' profound lack of expertise and experience in the substantive areas. [...] Indeed, they are so similar that the governing doctrines should arguably cohere*»¹⁴³¹, non pare irragionevole sottoporli allo stesso trattamento *anche* in punto di acquisizione in giudizio.

Ed anzi, una volta constatata l'esistenza – all'interno di quel diritto che il giudice dovrebbe conoscere per definizione – di microcosmi tanto specialistici e svincolati dalla logica comune da rendere legittima l'ignoranza dell'organo giudicante, potrebbe ventilarsi un maggior uso dello strumento, da preferirsi – quanto al risultato conseguibile – rispetto alla già esposta tesi di Punzi, per il quale, all'eventuale incapacità del magistrato di rinvenire la norma adeguata, in difetto di prova di parte, dovrebbe conseguire, puramente e

¹⁴²⁹ Cfr. RABOURDIN, Pierre - MUIR WATT, Horatia, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère*, in *Rep. dr. int.*, 2017 (actu. 2019), n° 27. Per un *amplius*, v. *ibid.*, nn°9-38 e PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, cit., 40 ss.

¹⁴³⁰ Sul punto v. FUMAGALLI, Luigi, voce *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 467 ss.

¹⁴³¹ CHENG, Edward K., *Scientific Evidence as Foreign Law*, in *Brook. L.R.*, 2010, 1100 (enfasi aggiunta).

semplicemente, la reiezione della domanda¹⁴³²; ma che rischia di apparire – se non di essere – un *déni de justice*.

26.2 *La nomina di parte quale fondamento dell'epistemic deference*

Una volta disposto lo svolgimento della consulenza, centrale diviene la scelta della persona del consulente: posto che, per quanto si è visto, l'*epistemic deference* è strettamente legata alla fiducia riponibile nel soggetto che eroga la conoscenza – perché il controllo *a posteriori* è da escludersi, tanto da parte dell'inesperto, tanto da parte del *meta-expert*, la cui individuazione attiverebbe un circolo vizioso¹⁴³³ –, un principio di *minimo impatto* richiede di vagliare preliminarmente la possibilità di lasciare la nomina al giudice.

L'opzione appare possibile solo a condizione che tale potestà sia accompagnata dall'adozione di un meccanismo che, operando a monte quale filtro di accesso agli elenchi (da individuarsi, evidentemente, quale *unica* fonte di attingimento delle nomine), assicuri sistematicamente – i.e.: su chiunque cada la scelta – l'affidabilità del consulente. A tal fine, in linea di principio, una volta riconosciuto che le varie «cognizioni necessarie» all'ufficio del giudice hanno «una *importanza identica*»¹⁴³⁴, scelta logica – oltre che coerente con la nostra tradizione – sarebbe il concorso, come per il giudice-giurista; ma si è già segnalata l'impraticabilità, materiale ed economica, di una simile soluzione¹⁴³⁵.

D'altro canto, l'alternativa costituita dalla nomina elettiva da parte delle associazioni di categoria in funzione “legittimante”, come avviene per le *juridictions d'exception* francesi, appare sconsigliabile non solo per le criticità che proprio l'esperienza d'oltralpe ha consentito di illuminare¹⁴³⁶, ma anche per l'inadeguatezza della *peer identification* a fungere

¹⁴³² V. *retro*, § 12.1.1.

¹⁴³³ V. *retro*, § 17.2.5.

¹⁴³⁴ CARNELUTTI, Francesco, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴³⁵ Né l'esclusione pone, *in sé*, problemi sotto il profilo dell'indipendenza del giudice: come affermato da Corte cost., 17 gennaio 1967, n. 1, su www.cortecostituzionale.it, «[l]a regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso non è di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio»; ed anche chi – come DENTI, Vittorio, *La giustizia civile*, cit., 83 – dissente sul punto, ritenendo il sistema del concorso «di per sé idoneo ad assicurare l'indipendenza», non esclude la possibilità di immaginarne di diversi, con la sola precisazione che «il legislatore ordinario è tenuto a predisporre criteri idonei garantirla».

¹⁴³⁶ Ed il cui studio più recente sembra aver apportato quella «verifica storica» di cui DENTI, Vittorio, *La giustizia civile*, cit., 84, lamentava l'assenza, nel perorare la causa dell'imitazione delle giurisdizioni lavoristica e commerciale francesi.

da reale criterio di identificazione degli esperti¹⁴³⁷; inoltre, e più in generale, la stessa pretesa di esaustività delle liste appare utopistica. Infine, argomentando *a contrario* da Corte cost., ord., 23 ottobre 1964, n. 86¹⁴³⁸, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità relativa agli artt. 5 e 7, l. 15 agosto 1949, n. 533 – dal rimettente denunciati per contrasto con gli artt. 102 e 108 Cost., in quanto manca(va)no di assicurare, «nei riguardi dei consulenti tecnici chiamati a prestare la loro opera nelle controversie per anticipata risoluzione di contratti individuali di lavoro dei salariati fissi in agricoltura, garanzie minime di indipendenza e di *capacità*» – in quanto «con la formula [dell’art. 108] il costituente ha inteso riferirsi solo a coloro che, senza appartenere all’ordine giudiziario, entrano a comporre alcuni collegi giudicanti», è verosimile ritenere che la selezione non potrebbe – in ipotesi – risolversi in una delega pura e semplice alle associazioni, state l’esigenza, *qui*, di assicurare quelle garanzie. Il che imporrebbe non solo di disciplinare adeguatamente il procedimento di elezione, ma anche – ed evidentemente – di predisporre dei controlli *a posteriori*; con immaginabili problemi e lungaggini, stante anche l’enorme moltiplicazione dei centri interessati.

Non resta, dunque, che rimettere la selezione, volta per volta ed in base alle concrete esigenze del caso di specie, agli stessi litiganti; del resto, rendere il consulente «*sache der parteien*»¹⁴³⁹, oltre a poter condurre al *risultato probabile* di aumentare l’accuratezza epistemica del giudizio¹⁴⁴⁰, conseguirebbe *l’effetto certo* di azzerare quell’ulteriore espressione del «*deficit* di rappresentatività del giudice» che, nel nostro Paese, fa sì che «il magistrato, di regola, individu[i] la persona del consulente attraverso il naturale criterio di prossimità ad uno *standard* ideale di cui egli si è munito autonomamente (in base ad informazioni inostensibili di cui rimane ignota, se non altro, la completezza delle fonti), fuori di ogni confronto con i primi interessati, le parti, da considerare, sotto il profilo che direttamente si considera, quale traccia ombelicale del “popolo” nel cui nome si amministra la giustizia»¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁷ Al contrario avviso espresso da Corte cost, 23 giugno 1964., n. 72 possono opporsi i rilievi già svolti *retro*, § 10.

¹⁴³⁸ cfr. Corte cost., ord., 23 ottobre 1964, n. 86, su www.cortecostituzionale.it.

¹⁴³⁹ AULETTA, Ferruccio, *La scelta del Ctu è veramente “cosa del giudice”?*, cit., 106.

¹⁴⁴⁰ V. *infra*, nel testo.

¹⁴⁴¹ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 407-408.

In realtà, tale possibilità è da ritenersi già ammessa a diritto vigente: quanto all'Italia, come dimostrato da Auletta, in materia di nomina del consulente è pienamente applicabile l'art. 11, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 (LPA), a mente del quale «l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». Infatti, una volta qualificato il provvedimento di nomina del consulente quale atto amministrativo¹⁴⁴², e posto che esso vede certamente le parti quali «interessati», «non si dà “pregiudizio dei diritti dei terzi” in caso di nomina con cordata del consulente tecnico poiché gli iscritti all'albo presso il tribunale sono sprovvisti di una posizione soggettiva giustiziabile nei modi dei diritti soggettivi», mentre «il “perseguimento del pubblico interesse” è assicurabile attraverso il rispetto di indici presuntivi della capacità dell'incaricato che siano generalmente stimabili tali [...], a cominciare dall'inclusione in albi o collegi professionali ovvero alla titolarità di riconoscimenti accademici che danno affidamento per legge»¹⁴⁴³.

In Francia, invece, ai sensi dell'art. 1546-3, n. 4, CPC – introdotto dal *décret* n° 2017-892 du 6 mai 2017 –, mediante la *convention de procédure participative*, le parti possono, tra l'altro, «[r]ecourir à un technicien», con l'effetto di appropriarsi di una serie di poteri normalmente spettanti al giudice: in tal caso, infatti, esse «*le choisissent d'un commun accord et déterminent sa mission*» (art. 1547, *alinéa* 1, CPC), e non potranno revocarlo se non manifestando nuovamente una volontà congiunta (art. 1549, *alinéa* 3, CPC); inoltre, «[à] la demande du technicien ou après avoir recueilli ses observations, les parties peuvent modifier la mission qui lui a été confiée ou confier une mission complémentaire à un autre technicien» (art. 1550 CPC). Ciò comporta che il consulente ridiventi mandatario delle parti¹⁴⁴⁴; e – non a caso – con previsione assente nella disciplina dell'*expertise judiciaire*, ma simile a quella prevista in materia d'arbitrato (art. 1456, *alinéa* 2, CPC), egli è obbligato a «*révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles*» (art. 1548 CPC). Va, certo, preso atto che tale potenzialità, come tutte le altre offerte dalla *procédure participative*, è sinora rimasta

¹⁴⁴² *Ibid.*, 379 ss.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, 395.

¹⁴⁴⁴ *V. retro*, § 17.3.2.

prevalentemente sulla carta, a causa del sostanziale insuccesso dell'istituto¹⁴⁴⁵; tuttavia, a seguito dell'approvazione della *loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, le cose sono verosimilmente destinate a cambiare. Pur non spingendosi ad accogliere la proposta – contenuta nel Rapport Agostini-Molfessis¹⁴⁴⁶ – di «*une mise en état externalisée, conventionnelle*»¹⁴⁴⁷, tramite l'imposizione del ricorso alla «*procédure participative pour la mise en état*» ogniqualvolta le parti fossero assistite da un avvocato¹⁴⁴⁸, la riforma del 2019 ha modificato l'art. 4 *loi J21*¹⁴⁴⁹, prevedendo, per le cause dal valore superiore ad un certo importo (da determinarsi con decreto del *Conseil d'Etat*), l'imposizione una condizione di procedibilità, da scegliersi alternativamente tra conciliazione ad opera di un *conciliateur de justice*, mediazione o procedura partecipativa¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁵ BLERY, Corinne - TBOUL, Jean-Paul, *Des pistes pour la réforme de la mise en état*, in *Dalloz Actualité*, 20 Avril 2018.

¹⁴⁴⁶ AGOSTINI, Frédérique - MOLFESSIS, Nicolas, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, 2017, su <http://www.justice.gouv.fr>, sul quale v. i commenti di BLERY, Corinne, *Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon*, in *Dalloz Actualité*, 7 febbraio. 2018 ; BRENNER, Claude, *La réforme de la procédure civile : un chantier de démolition ?*, in *Rec. Dalloz*, 2018, 361 ss.

¹⁴⁴⁷ BLERY, Corinne - TBOUL, Jean-Paul, *Des pistes pour la réforme de la mise en état*, cit.

¹⁴⁴⁸ AGOSTINI, Frédérique - MOLFESSIS, Nicolas, *Amélioration et simplification*, cit., 26.

¹⁴⁴⁹ *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*.

¹⁴⁵⁰ È difficile pronosticare le possibilità quanto all'*an* e al *quando* dell'introduzione di una disciplina simile anche in Italia; tuttavia, e pur nella consapevolezza dell'attuale instabilità politica, pare opportuno segnalare che, recentemente, il Governo ha manifestato la volontà di potenziare lo strumento della negoziazione assistita, consentendo agli avvocati di compiere, nell'ambito della stessa, un'«attività istruttoria stragiudiziale». Il riferimento contenuto nell'art. 2, lett. f), del Disegno di delega per al Governo per la riforma del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie – fatto circolare agli inizi di luglio – è solo all'«acquisizione di dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia e [a]lla richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735 del codice civile, la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente»: modifiche ancora molto lontane dalle potenzialità della *procédure participative* di cui agli artt. 2062 ss. CC e 1542 ss. CPC.

In entrambi gli ordinamenti, poi, è disponibile alle parti lo strumento arbitrale – *sub specie* di *expertise-arbitrage*¹⁴⁵¹ e di perizia arbitrale¹⁴⁵² –, mediante il quale esse potrebbero conseguire l'utilità ulteriore di rendere vincolante, per il giudice, la decisione dell'arbitro.

Tutti gli strumenti sinora menzionati presentano, tuttavia, il limite comune di richiedere l'accordo dei litiganti; ma, posto che un modello a vocazione generale deve considerare anche l'eventualità – non certo remota – che vi sia una parte recalcitrante, interessata a boicottare le operazioni di nomina, potrebbe obiettarsi che, quand'anche la disciplina positiva fosse riformata nel senso di attribuire in via prioritaria ai contendenti la scelta del consulente – e non potendosi certo ammettere uno stallo indeterminato del procedimento –, sarebbe ugualmente necessario prevedere l'intervento suppletivo del giudice, così sostanzialmente vanificandosi ogni pretesa di scelta consapevole. In aggiunta, potrebbe dubitarsi anche che le parti siano effettivamente in grado di individuare un esperto affidabile.

¹⁴⁵¹ Anche la riconduzione dell'*expertise-arbitrage* all'arbitrato *tout court* è discussa, sulla base della diffusa idea che il *dicrimen* tra le due figure starebbe nell'oggetto del giudizio (di fatto, nel primo caso; di diritto, nel secondo). Tuttavia, al di là della controvertibilità di una simile, netta distinzione (v., in tal senso, BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2014, 265 ss.), si ammette certamente che arbitro sia il c.d. *arbitre de qualité* – su cui v. LOQUIN, Eric, *Normalisation agricole et arbitrage de qualité, la gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, in Aa.Vv., *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Paris, 1983, 397 ss.; JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, cit., 135 ss.; ID., *Les frontières de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, 27; CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Paris, 2001, 20 –, che, «ayant à statuer sur la qualité ne se contente pas de constatations concernant les faits», ma «exerce une mission juridictionnelle consistant à trancher le litige»; ciò che, a propria volta, segna il confine con l'*expertise irrévocable*, dove il terzo «est investi de la mission d'évaluer l'état de la qualité des marchandises, sans avoir pour mission de trancher le litige»: cfr. MOREAU, Bertrand - BEREGOI, Andrian - DESCOURS-KARMITZ, Romy - MALLET, Paul E. - LELEU, Adrien, *Arbitrage en droit interne*, in *Rép. proc. civ.*, n° 9. Nello stesso senso LOQUIN, Eric, *Arbitrage*, in *Juri-Classeur Pr. civ.*, fasc. 1005, n° 33.

¹⁴⁵² Anche la giurisprudenza italiana appare tuttora legata al tradizionale criterio discrezionale che fonda proprio su di una presunta ed ontologica diversità dell'oggetto: come ricorda Cass., Sez. III, 16 febbraio 2016, n. 2996, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 965, «[d]a oltre quarant'anni (per l'esattezza, a partire da Sez. 1, Sentenza n. 4840 del 25/10/1978, Rv. 394538), questa Corte viene ripetendo che il patto contenuto nel contratto di assicurazione, in virtù del quale le parti demandino a terzi la composizione di eventuali contrasti, può essere di due tipi. Ove le parti demandino a terzi la soluzione di questioni prettamente giuridiche (come l'interpretazione del contratto, l'accertamento della sua validità, la valutazione della sua efficacia), tale patto va qualificato come arbitrato, salvo valutare caso per caso se le parti abbiano inteso stipulare un arbitrato libero o rituale. Ove, invece, le parti abbiano inteso demandare a terzi il mero accertamento e rilievo di dati tecnici (esistenza del danno, valore delle cose danneggiate, stima dell'indennizzo), tale patto va qualificato come "perizia contrattuale". Con la previsione dell'arbitrato le parti demandano ai periti un atto di volizione; con la previsione della perizia contrattuale le parti demandano ai periti una dichiarazione di scienza».

In realtà, come ha da tempo dimostrato BOVE, Mauro, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, la perizia contrattuale altro non è che un arbitrato limitato, la differenza tra le due figure risiedendo unicamente nel profilo quantitativo: il perito arbitrale non decide l'intera controversia, ma si limita a fissare alcuni punti della stessa. Esattamente come si vorrebbe facesse il giudice-tecnico.

Se tale ultimo rilievo non appare smentibile *a priori*, sembra quantomeno logico ipotizzare che i litiganti, in quanto diretti interessati al verdetto, siano ben più motivati del giudice – il cui disinteresse rispetto all’esito della causa è pre-supposto – alla verifica delle competenze del nominando esperto; così, se l’errore di valutazione non è da escludere, la presunzione che il giudicante possa far meglio appare espressione di un certo paternalismo.

Quanto, poi, alla possibilità di comportamenti ostruzionistici – ben nota in materia di arbitrato e non a caso risolta mediante ricorso all’autorità giudiziaria – va rilevato, anzitutto, che l’analisi economica insegna che, nella maggioranza dei casi, l’orientamento del comportamento individuale non è che la risultante di un’analisi costi-benefici: tutto sta nell’identificare gli stimoli giusti. Sotto questo profilo, se l’idea di ispirarsi all’art. 17 *Arbitration Act* 1996 inglese – che prevede che «[u]nless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party (“the party in default”) refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator»¹⁴⁵³ – è improponibile, il ricorso alla nomina giudiziale non appare un destino inevitabile.

Anzitutto, infatti, il valore vincolante della consulenza e l’inimpugnabilità della stessa – che si specificheranno subito *infra*¹⁴⁵⁴ – appaiono suscettibili di costituire un’efficace deterrente rispetto all’inerzia di *entrambe* le parti. Dinanzi alla prospettiva di un giudizio *in ogni caso* – ovvero, indipendentemente dal soggetto designante il consulente – destinato ad imporsi immutabilmente, la scelta (possibilmente) improvvida ad opera del giudice dovrebbe costituire essa stessa una minaccia tale da indurre alla collaborazione. Inoltre, i meccanismi di nomina concordata non si riducono all’ipotesi di accordo diretto: anzi, per quanto auspicabile, esso rischia di prestare il fianco a censure di legittimità costituzionale, che è quindi necessario indagare e risolvere in via preliminare.

¹⁴⁵³ L’art. 17(2) prosegue stabilendo che «[i]f the party in default does not within 7 clear days of that notice being given—

(a) make the required appointment, and

(b) notify the other party that he has done so,

the other party may appoint his arbitrator as sole arbitrator whose award shall be binding on both parties as if he had been so appointed by agreement».

¹⁴⁵⁴ V. *infra*, § 26.3.

26.2.1 La terzietà del giudice

Infatti, l'art. 111 Cost.¹⁴⁵⁵ impone al giudice di essere, non solo «imparziale»¹⁴⁵⁶, ma anche «terzo»; non a caso, anche chi sostiene la possibilità, *de iure condito*, di attribuire in via prioritaria alle parti la scelta del consulente, valorizza la necessità della «mediazione del potere pubblico» onde «interrompe[re] il nesso altrimenti esistente con le parti, talché appare indispensabile al mantenimento della terzietà del consulente, il quale, se fosse designato al modo in cui le parti possono designare d'intesa l'arbitro unico di una controversia, potrebbe agire sì imparzialmente, ma non certo definirsi terzo»¹⁴⁵⁷.

In realtà, il valore della terzietà, quando non lo si voglia ridurre alla mera alterità (fisica e psicologica) del soggetto decidente – e quindi, in sostanza, al principio *nemo iudex in re sua* – assume, rispetto al giudice statale, dei confini piuttosto sfumati: egli, anzi, dovrebbe ritenersi terzo per definizione¹⁴⁵⁸. Non a caso, l'esegesi della previsione costituzionale, *in parte qua*, ha dato adito ad interpretazioni contrapposte¹⁴⁵⁹, inclusa quella di chi ha ritenuto i due termini «sinonimi inutilmente ripetitivi»¹⁴⁶⁰. Tale lettura, in effetti, non appare totalmente priva di fondamento, se è vero che, già prima della riforma dell'art. 111 Cost., nella giurisprudenza della Corte costituzionale, «[l]a terzietà [...] non aveva una sua autonoma rilevanza e collocazione, ma accompagnava di frequente [...] la nozione di imparzialità, senza peraltro riuscire a distinguersene»¹⁴⁶¹. Né, del resto, idee molto più chiare

¹⁴⁵⁵ Nel testo novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2; sulla genesi della riforma, v. FERRUA, Paolo, *Il giusto processo*³, cit., 1 ss.

¹⁴⁵⁶ Sul punto, v. *infra*, § 26.3.2.

¹⁴⁵⁷ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 406.

¹⁴⁵⁸ Cfr. DENTI, Vittorio, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, 80.

¹⁴⁵⁹ Ma ben prima che la riforma dell'art. 111 Cost. ponesse il problema, si è detto che «giudice» o «autorità giudiziaria» è, sotto il profilo oggettivo, chiunque «eserciti [...] un'attività giurisdizionale [...] in posizione di "terzietà" o imparzialità»: cfr. GUASTINI, Riccardo, *Sub art. 101*, in GUASTINI, Riccardo - PIZZORUSSO, Alessandro, *La Magistratura*, cit., 172-173 (enfasi aggiunta).

¹⁴⁶⁰ CAPPONI, Bruno, *Brevi osservazioni sull'art. 111 della Costituzione (procedimento monitorio, processo contumaciale, art. 186-quater c.p.c.)*, in CIVININI, Maria G. - VERARDI, Carlo M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano, 2001, 105. Per CONSOLO, Claudio, *Il giudice «terzo» e «imparziale»*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, Napoli, 2002, 73 ss., la ripetizione concettuale sarebbe addirittura triplice – stante l'inciso «in condizioni di parità» –, che conserverebbe, tuttavia, un'utilità, a fronte della giurisprudenza costituzionale precedente, troppo lassista rispetto all'effettiva garanzia dell'equidistanza del giudice.

¹⁴⁶¹ SPACCAPELO, Chiara, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 21, testo e nota 41. Non a caso, la stessa Consulta ha ritenuto che il nuovo dettato costituzionale non abbia introdotto «profili nuovi o diversi d'illegittimità costituzionale, essendo la terzietà ed imparzialità del giudice [...] pienamente tutelate nella Carta costituzionale, anche anteriormente alla [...] novella»: cfr. Corte cost., 28 maggio 2001, n. 167, in *Foro it.*, 2001, I, 3450, con nota di COSTANTINO, Giorgio, «*Giusto processo*» e *procedure concorsuali*; in *Giust. civ.*,

paiono aver avuto i *conditores* della riforma, mancando – anche nei lavori parlamentari – «una precisa e soprattutto univoca indicazione di quale di tali profili debba essere ascritto alla “terzietà” e di quale, invece, debba essere ricompreso nel significato di “imparzialità”»¹⁴⁶².

Tuttavia, deve pur riconoscersi che, «[a]lmeno nelle intenzioni del legislatore costituzionale si [è] manifesta[ta] la precisa volontà di trattare i due attributi non come la ridondante ripetizione di due sinonimi, bensì come l'utile specificazione di due significati non coincidenti ma complementari»¹⁴⁶³. Ciononostante, anche coloro che ritengono significativa la duplice qualificazione, finiscono per funzionalizzare la terzietà all'imparzialità: talora lavorando sugli spunti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo – che, per quanto essenziali¹⁴⁶⁴ sotto vari profili, non sembrano davvero utili ai fini che occupano, posto che l'art. 6 CEDU discorre di tribunale «*indipendente e imparziale*»¹⁴⁶⁵ –, si giunge, infatti, alla conclusione che la terzietà presiederebbe il profilo oggettivo dell'imparzialità¹⁴⁶⁶; in sostanza, «[c]iò che certamente si intende ricomprendere nell'ambito delle due caratteristiche "essenziali" del giudice in quanto tale è da un lato il profilo istituzionale o, se si vuole, ordinamentale della funzione giurisdizionale, che deve rendere il giudice effettivamente equidistante dalle posizioni e dalle istanze delle parti del processo;

2001, I, 1443, con nota di TISCINI, Roberta, *Nuove conferme della (immutata) giurisprudenza costituzionale in tema di terzietà e imparzialità del giudice*.

¹⁴⁶² CECCHETTI, Marcello, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, 2001, § 7.

Basti ricordare, ad esempio, la discrasia tra l'affermazione dell'on. Boato – laddove spiega che «sono individuate delle caratteristiche generali ed indefettabili di ogni processo (contraddittorio, parità delle parti, *terzietà* del giudice), che è tanto il luogo nel quale, quanto il mezzo attraverso cui si attua la giurisdizione» (cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI, *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione. Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1*, trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997, su <http://leg13.camera.it>, 107) – mentre il testo, nella versione ivi presentata recitava: «[l]a giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, che ne assicura la ragionevole durata. Il procedimento si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, secondo il principio dell'oralità e davanti a giudice *imparziale*» (enfasi aggiunta). Lo stesso termine, del resto, era presente (da solo) nelle redazioni precedenti: cfr. COMOGGIO, Luigi P., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 307.

¹⁴⁶³ CECCHETTI, Marcello, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, loc. cit. Così anche FERRUA, Paolo, *Il giusto processo*³, cit., 103, testo e nota 47

¹⁴⁶⁴ TROCKER, Nicolò, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111*, cit., 32-37.

¹⁴⁶⁵ La stessa formula, del resto, è utilizzata dall'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani, dall'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁴⁶⁶ TIZI, Francesca, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 79; in questo senso, si direbbe, COMOGGIO, Luigi P., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in ID., *Etica e tecnica*, cit., 74 ss.

dall'altro il profilo dell'atteggiamento soggettivo del giudice, che non può essere condizionato da interessi o pregiudizi nel momento di formazione del suo libero convincimento al fine di rendere il giudizio»¹⁴⁶⁷.

Sulla base di tale ricostruzione, è piuttosto agevole sistemare idealmente le diverse garanzie apprestate dall'ordinamento: tutte quelle che regolano l'indipendenza (interna ed esterna) della Magistratura e la predeterminazione del giudice, in quanto atte a prevenire qualunque condizionamento a carico dell'organo giudicante, presidierebbero la terzietà; le disposizioni sull'astensione, la ricusazione e l'incompatibilità, viceversa, costituirebbero rimedi *a posteriori*, destinati ad entrare in gioco quando – nonostante tutte le cautele preventive –, nel caso concreto si verificchi (almeno) una *appearance of bias*. Ma, ferma l'applicabilità dei correttivi successivi – già presenti, ma che sarebbero da rivedere al rialzo¹⁴⁶⁸ –, la nomina *ad hoc* ad opera dei contendenti parrebbe escludere ontologicamente ogni possibilità di assicurare la «terzietà», nell'accezione qui riportata; né a superare tale ostacolo sembrerebbero utilmente richiamabili le interpretazioni fornite in materia di arbitrato, posto che – stante, in quel caso, l'assenza *sempre* di terzietà – esso fuoriesce dalla «giurisdizione» e, quindi, dall'ambito di applicazione dell'art. 111 Cost¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁷ CECCHETTI, Marcello, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, loc. cit. In questo senso, si v. la relazione dell'on. Soda, che, nell'escludere che l'espressione configurasse una semplice endiadi, sottolinea che «riferimento alla terzietà attinge comunque alla sfera della separazione netta, quanto meno funzionale se non proprio ordinamentale, del giudice rispetto ai magistrati dell'accusa, mentre l'imparzialità sottolinea l'assoluta equidistanza del giudice dalle istanze di cui nel processo le parti si fanno portatrici e quindi riflette la sua indipendenza di giudizio» (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI. Relazione della I Commissione permanente (Affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni) presentata alla presidenza il 16 luglio 1999 sulla proposta di legge costituzionale n. 5735, su <http://leg13.camera.it>, 8).

Così anche COMOGLIO, Luigi P, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *NGCC*, 2001, 23; TIZI, Francesca, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 75 ss.

¹⁴⁶⁸ Se è vero che la giurisprudenza afferma, anche con riferimento al giudice, che «[i]n difetto di ricusazione, la violazione dell'obbligo di astenersi da parte [di quest'ultimo] non è deducibile in sede di impugnazione come motivo di nullità della sentenza da lui emessa» (cfr. Cass., sez. VI, ord., 11 settembre 2017, n. 21094, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Astensione, ricusazione*, n. 20), è tradizionale indirizzo che «[i] motivi di ricusazione del consulente tecnico *conosciuti dalla parte dopo la scadenza del termine* per proporre l'istanza di ricusazione prevista dall'art. 192 c.p.c., o *sopravvenuti* al suindicato termine, non possono di per sé stessi giustificare una pronuncia di nullità della relazione o di sostituzione del consulente, ma possono soltanto essere prospettati al giudice al fine di una valutazione, a norma dell'art. 196 c.p.c., dell'esistenza di gravi ragioni che giustificano un provvedimento di sostituzione; tale valutazione va compiuta in concreto, con riferimento alla relazione del consulente, e, in quanto rientra nell'apprezzamento del giudice del merito, è insindacabile in Cassazione»: cfr. Cass., Sez. lav., 26 marzo 1985, n. 2125, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Consulente tecnico*, n. 17.

¹⁴⁶⁹ Appare interessante notare che, mentre, in Italia, Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, ha ammesso gli arbitri a sollevare questione di legittimità costituzionale – ma limitandosi ad «affronta[re] esclusivamente il nocciolo del problema» per «dar[vi] una risposta concreta» (cfr. VACCARELLA, Romano, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, ivi, 2887) non pare aver confutato le argomentazioni di AULETTA, Ferruccio, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte*

Tuttavia, se si parte dal presupposto che ciò che tutela l'imparzialità oggettiva del giudice è la predisposizione di meccanismi di assegnazione predeterminati; che, se la riproduzione pedissequa degli *stessi* presidi valevoli per i magistrati è inimmaginabile con riferimento all'esperto, non è detto che non possano darsi delle alternative; che i principi costituzionali sono naturalmente soggetti a bilanciamento¹⁴⁷⁰, e che dalla Costituzione è dato desumere anche quello dell'idoneità del giudice, eventualmente da assicurarsi con l'ausilio di «estranei»¹⁴⁷¹; che, se sono le parti quelle che godono delle maggiori *chances* di individuare il proprio giudice idoneo, la risoluzione della loro controversia – quando decidano di avvalersi dello strumento pubblico – non può interamente essere rimessa nelle loro mani; una soluzione appare possibile, e passa per la rivisitazione e l'adattamento dell'istituto della *struck jury*. In estrema sintesi, si tratta semplicemente di restringere il novero dei candidati sui quali possa cadere la scelta dei litiganti – mediante una selezione operata a monte, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati¹⁴⁷² – salvo lasciare agli stessi, mediante ricusazioni alternate e immotivate, di escludere tutti gli eleggibili, sino a lasciarne uno solo. Questi, allora, verrebbe ad essere giudice in forza di una duplice legittimazione, in

costituzionale?, in *Riv. arb.*, 2000, 4, 820 ss., scettico sulla possibilità di considerare l'arbitro un'«autorità giurisdizionale» – la Cassazione francese ha ritenuto che «*l'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constitue pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*» (Comm., 28 juin 2011, n° 11-40.030). Dal che si è desunto che «*un pouvoir juridictionnel peut être attribué à une institution non juridictionnelle*»: cfr. GHESTIN, Jacques - BARBIER, Hugo, *Introduction générale*⁵, Issy-les-Moulineaux, 2018, 416, n° 454.

¹⁴⁷⁰ Perché, se è vero che non è il caso di «ipostatizzare i termini» della distinzione tra regole e principi (cfr. BIN, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 10), deve pur ammettersi che solo le prime «*are applicable in an all-or-nothing fashion*»; con la conseguenza che, «*[w]hen principles intersect [...], one who must resolve the conflict has to take into account relative weight of each*»: DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978, 24-26. Così anche FERRUA, Paolo, *Il giusto processo*³, cit., 85.

¹⁴⁷¹ Senza contare che, nell'ambito dello stesso art. 111 Cost. – che oggi non può più considerarsi «un blocco monolitico», ma il contenitore di «una serie di principi che si coordinano tra di loro per tendere al risultato della migliore giustizia possibile nel momento dato»: cfr. VERDE, Giovanni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111*, cit., 185 –, il «giusto processo» è condizionato anche alla garanzia del contraddittorio; e questa, come si è già visto *retro*, §§ 17.2.4 e 17.4.4, e si ribadirà *infra*, § 26.3.2, è effettiva, con riferimento al fatto tecnico-scientifico, solo se si svolge innanzi ad un giudice *competente*.

¹⁴⁷² Allo stato, la rosa degli eleggibili non potrebbe che essere tratta, per sorteggio, tra gli iscritti nelle liste: ma la speranza è che la sensibilità di recente programmaticamente dimostrata dal legislatore venga portata alle estreme conseguenze, mediante la fissazione di parametri realmente cogenti; magari anche sulla spinta di qualche indicazione del Giudice delle leggi, che ben potrebbe rivedere, nella mutata prospettiva, la propria giurisprudenza in materia di «garanzie minime»: v. *retro*, § 26.2.

quanto soggetto esponenziale del «popolo» (qualificato) e perché frutto *indiretto* dell'accordo delle parti; con salvezza della sua «terzietà»¹⁴⁷³.

26.3 Il valore cogente della consulenza come risultato della legittimazione popolare e delle garanzie procedurali

Se la generalizzazione del dovere di disporre la consulenza e del principio della scelta di parte sono concepiti per esser funzionali, rispettivamente, all'attuazione del principio di uguaglianza e alla garanzia della maggiore qualità possibile dell'elaborato, tali scopi verrebbero vanificati se esso non assumesse valore vincolante e definitivo, per le parti e per il giudice.

Sotto questo profilo, in realtà, la previsione non sembrerebbe aver bisogno di particolari giustificazioni: in un ordinamento, quale quello italiano, che ammette l'esistenza di prove legali e non garantisce costituzionalmente il doppio grado di giurisdizione nel merito, nulla vieterebbe, da un lato, di porre un limite al «prudente apprezzamento del giudice», rispetto al quale l'art. 116, comma 1, c.p.c., fa comunque salva la diversa disposizione di legge; dall'altro, tanto di escludere *tout court* l'appello, quanto di restringerne i motivi, configurandolo come impugnazione di mera legittimità¹⁴⁷⁴. Con la precisazione che, onde evitare che la disciplina possa esporsi a censure di illegittimità sotto il profilo della ragionevolezza, la limitazione dei motivi non potrebbe riguardare, in generale, la *sentenza* di primo grado (con il risultato, sostanzialmente, di far dipendere l'ampiezza della revisione dall'accidente della rilevanza o meno, nell'ambito della controversia, di questioni tecnico-scientifiche), ma il solo *contenuto della consulenza*.

Tuttavia, come diverrà più chiaro di qui a poco, il medesimo risultato può essere conseguito, sul fondamento di basi più sicure, laddove si valorizzi il peculiare significato simbolico assunto dall'esperto, in virtù del procedimento di nomina suggerito. Esso, infatti, renderebbe il consulente tecnico espressione di una – legislativamente qualificata –

¹⁴⁷³ Il meccanismo può funzionare anche senza la collaborazione di una delle parti, semplicemente lasciando che il giudice si sostituisca a quest'ultima nell'opera di eliminazione alternata dei nominativi.

¹⁴⁷⁴ Lo si è già fatto, del resto, con l'art. 339, comma 3, c.p.c., che è può definirsi come una sorta di «duplicato» del giudizio di legittimità: cfr., in senso critico, MARTINO, Roberto, *Poteri equitativi del giudice e giudizio di impugnazione*, in ID. (a cura di.), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008, 291.

«partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» (art. 102, comma 3, Cost.)¹⁴⁷⁵, abilitato quindi a dichiararne la volontà; e quest'ultima, per tradizione, deve ritenersi insindacabile, anche nel giudizio di impugnazione. Sotto questo profilo, alcun argomento in contrario può trarsi dall'attuale previsione dell'appello avverso le pronunce delle Corti d'assise: come già da tempo sottolineato, dagli atti dell'Assemblea Costituente si trae «1. che l'art. 102, terzo comma, non è preclusivo di un'organizzazione dei giudizi di assise in forme diverse da quelle attuali; 2. che il tema del secondo grado di merito, ampiamente dibattuto in connessione con le questioni concernenti la composizione delle corti e l'obbligo di motivazione, ha ricevuto, in sede di votazione, una doppia e conforme indicazione in senso contrario all'introduzione della garanzia costituzionale dell'appello avverso le decisioni emesse con diretta partecipazione del popolo»¹⁴⁷⁶.

Certo, a fronte dell'argomento della tradizione potrebbe ribattersi – come proprio per in relazione alle Corti d'assise è stato fatto – che «le regole del buon governo, ed anche della buona giurisdizione, esigono che le tradizioni debbano essere, per quanto possibile rispettate, ma sempre che non vi siano [...] argomenti ragionevolmente forti per superarle»¹⁴⁷⁷; e di queste, rispetto alla questione che occupa, sembrerebbe ve ne siano parecchie. Esse, tuttavia, non appaiono insuperabili.

26.3.1 Il diritto di difesa

Anzitutto, viene in rilievo la decisione della Corte costituzionale¹⁴⁷⁸ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, nn. 1 e 2, l. 23 maggio 1950, n. 253, laddove rimetteva al Genio civile l'accertamento delle condizioni tecniche e della necessità dello sgombero dell'immobile e della possibilità d'uno sgombero temporaneo. Tali previsioni, infatti, secondo l'interpretazione invalsa ai tempi della declaratoria di illegittimità, implicavano l'impossibilità, per il giudice, di sindacare nel merito (quello che la stessa Corte definisce) «l'accertamento del Genio civile»: al primo residuava solo «un controllo di

¹⁴⁷⁵ V. *retro*, § 24.2.

¹⁴⁷⁶ AULETTA, Ferruccio, *Per l'abolizione dell'appello contro le sentenze della Corte d'assise (a margine del caso Andreotti)*, 1 dicembre 2003, in www.judicium.it. Per una esauriente ricostruzione storica dell'istituto, con particolare attenzione al dibattito sull'appello, v. PISANI, Mario, *La Corte d'assise e il giudizio d'appello*, cit., 3 ss.

¹⁴⁷⁷ PISANI, Mario, *La Corte d'assise e il giudizio d'appello*, cit., 35.

¹⁴⁷⁸ Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 70, in *Giur. cost.*, 1961, 1282, con nota di CAPPELLETTI, Mauro, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause"*.

legittimità», potendo lo stesso «rilevare violazioni di leggi, contraddizioni o palesi incongruenze, nonché patenti errori di valutazione, chiedere chiarimenti e persino disporre la rinnovazione totale dell'atto, ma non [...] nominare un diverso consulente, né ricavare da altre fonti il suo convincimento». Tuttavia, premesso che – com'è facile notare – salvo tale ultima specificazione, la situazione dell'organo giudicante allora non è sostanzialmente diversa da quella in cui esso si trova attualmente rispetto all'accertamento *ex art. 445-bis c.p.c.*, la rilevanza della pronuncia va circoscritta.

La declaratoria di illegittimità, infatti, si è fondata su un triplice ordine di ragioni: la natura amministrativa del procedimento, con conseguente degradazione del diritto alla prova delle parti in una sorta di interesse legittimo; la sottrazione degli «strumenti di prova garantiti, in generale, a chi è parte in un giudizio»; la mancanza della garanzia di un contraddittorio effettivo. Nel modello proposto, invece, il procedimento innanzi al consulente non è che una *fase* di quello giurisdizionale; l'automatismo del suo avvio ogniqualvolta sia necessario acquisire cognizioni extragiuridiche implica una generalizzazione del sistema che non pone problemi di irragionevole disparità di trattamento; il contraddittorio è non solo assicurato, ma addirittura reso molto più effettivo, non solo in quanto svolgentesi innanzi ad un soggetto realmente capace di comprendere le questioni in discussione, ma anche perché, in alcuni casi, *duplicato*¹⁴⁷⁹: sembrano, dunque, esservi abbondanti ragioni di *distinguishing*.

26.3.2 Il principio di immediatezza

Vero è che, nella stessa occasione, la Consulta ha precisato che «anche se si instaurasse avanti al Genio civile un vero e proprio contraddittorio (il che, a dire il vero, non avviene), resterebbe sempre il fatto che il giudice ne è estraneo: tanto più in quanto l'accertamento del Genio civile molto spesso è concluso, e la legge lo consente, quando ancora non si è promossa l'azione giudiziale; aperto, prima o dopo, il processo, dinanzi al magistrato le parti potranno difendersi su tutto fuorché sul punto decisivo della causa: potranno cioè rilevare contraddizioni ed errori manifesti dell'atto in cui s'è concluso l'accertamento, ma non sono ammessi a discutere direttamente sulla realtà della situazione da accertare: insomma, su di essa, non partecipano attivamente od in mutuo contraddittorio allo svolgimento essenziale del processo. Le norme impugnate contrastano perciò con l'art.

¹⁴⁷⁹ V. *infra*, § 26.3.3.

24, secondo comma, della Costituzione poiché il diritto alla difesa è compromesso allorché il contraddittorio non sia assicurato e sussistono ostacoli processuali a far valere le ragioni delle parti». Così, sulla stessa scia, si è sostenuto che «[i]l giudice, se non si vuole far scadere il giudizio di fatto a una verifica di pura legittimità dell'operato del c.t., erigendo come impenetrabile scudo verso la realtà delle fonti di cognizione la sua relazione e demolendo il valore dell'immediatezza (mentre il processo e le sue entità costitutive devono farsi «davanti a giudice»: art. 111, co. 2, Cost.), deve mantenere stabilmente la *possibilità* di accesso diretto a tutti gli elementi di fatto da cui muove l'elaborazione del c.t., sempre che ammissibili»¹⁴⁸⁰; ma, la volta che si renda giudice il perito, il requisito dell'immediatezza risulta senz'altro integrato. Anzi, considerata la realtà già discussa – in cui l'unico oggetto su cui si esercita il giudice è, di norma, il rapporto peritale –, è forse il caso di riconoscere che *solo* l'elevazione del consulente ad organo giudicante ad assicurare che le fonti di convincimento sulla cui base è assunto il giudizio sul fatto siano – *tutte* – *immediatamente* percepite da chi è deputato ad erogarlo.

26.3.3 Il principio del contraddittorio

Quanto, poi, all'effettività del contraddittorio, proprio la valorizzazione della figura del tecnico (non più consulente ma giudice) fa sì che esso risulta duplicemente garantito, sia dal punto di vista epistemico che giuridico. Se sul primo punto pare superfluo insistere ulteriormente¹⁴⁸¹, con riferimento al secondo va sottolineato che – già allo stato – la lettera della legge¹⁴⁸² assicura il principio *audiatur et altera pars*: certamente con riferimento alla consulenza deducete, dove non solo il consulente valuta quanto già prodotto dalle parti (come ordinariamente il giudice), ma (in più) sottopone al loro opinamento la propria determinazione intermedia¹⁴⁸³. Quanto, poi, alla consulenza percipiente, essa riceve – nella sostanza – lo stesso trattamento riservato alle questioni rilevate d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c.¹⁴⁸⁴: sarà ancora in sede di «osservazioni sulla relazione» ex art. 195, comma 3, c.p.c., che le parti potranno discutere della questione.

¹⁴⁸⁰ AULETTA, Ferruccio, voce *Consulenza tecnica [dir. proc. civ.]*, cit., § 6.

¹⁴⁸¹ Parendo sufficiente rinviare a quanto già esposto *retro*, §§ 17.2.4 e 17.4.4.

¹⁴⁸² Delle distorsioni della prassi si è già detto *retro*, § 17.3.4: v'è solo da sperare che il mutamento di prospettiva induca, da un lato, il giudice-consulente ad agire in maniera consona al ruolo e, dall'altro, la Cassazione a mostrarsi più ferma nel reprimere le violazioni.

¹⁴⁸³ Ai sensi dell'art. 195, comma 3, c.p.c.,

¹⁴⁸⁴ Che, modificato nel 2009, ha finalmente codificato il divieto delle sentenze c.d. della terza via: sulla questione, v. CHIARLONI, Sergio, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*,

Che si tratti di soluzione realmente soddisfacente, può certo dubitarsi, già in relazione al limite posto al principio *iura novit curia*: infatti, salvo a voler ritenere che il brocardo significhi che il giudice effettivamente conosca tutto il diritto, e che quindi sia sempre immediatamente capace di fornire la risposta giusta al quesito sottopostogli, deve riconoscersi che – in tutti gli ordinamenti – quel che davvero si richiede all’organo decidente è di *ricercarla*, indipendentemente dalle allegazioni di parte¹⁴⁸⁵. E, venuto meno il mito della legge come portatrice di un’unica, chiara ed univoca soluzione, è evidente quanto la precomprensione del giudice possa giocare, anche solo inconsciamente, nella valorizzazione di una norma (o di un’interpretazione) piuttosto che un’altra: con la conseguenza che, nel momento in cui prospetta la questione alle parti, egli ne ha già in mente la soluzione, e sarà (se non impossibile, certo) difficile che la muti. Ma l’unico modo per evitare un simile inconveniente sarebbe quello di costringere il giudice a decidere sulla base delle sole regole giuridiche somministrategli dalle parti, per quanto erronee, incomplete o inconfidenti; cosa che neppure gli ordinamenti dalla più radicata tradizione *adversarial* si spingono a fare¹⁴⁸⁶.

Così, il contraddittorio, se riesce ancora una volta ridimensionato, resta comunque la migliore opzione possibile, che, pertanto, può trovare applicazione anche innanzi al giudice del fatto tecnico-scientifico, rispetto al quale, del resto, potrebbe dirsi che *scientia novit curia*.

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.; DENTI, Vittorio, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.; TARZIA, Giuseppe, *Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 653 ss.; CIVININI, Maria G. *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.* 1999, V, 1 ss.; MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 929 ss.; LUISO, Francesco P., *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1611 ss.; CHIARLONI, Sergio, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.* 2002, 1363 ss.; CONSOLO, Claudio, *Questioni rilevabili d’ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. giur.* 2006, 509; FABIANI, Ernesto, *Contraddittorio e questioni rilevabili d’ufficio*, in *Foro it.* 2009, IV, 264 ss.; GRADI, Marco, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss.; COSTANTINO, Giorgio, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

¹⁴⁸⁵ JOLOWICZ, John A., *The use by the judge of his own knowledge*, cit., 243 ss., per un interessante raffronto comparatistico

¹⁴⁸⁶ Con rileva ancora JOLOWICZ, John A., *The use by the judge of his own knowledge*, cit., 254, per quanto sia ritenuto ovvio che «*the judge must use his own legal knowledge to evaluate the rival legal contentions of the parties, [...] literal adherence to the theory of the adversary process would allow no more than that*»; così, in Inghilterra, si afferma che «*a court should reach a decision only on the arguments presented by the counsel*». Ma, in pratica, «*a suggestion from the judge to counsel in the course of argument [...] is perfectly normal*».

26.3.4 L'imparzialità del giudice

Sotto un diverso profilo, il mutamento dei rapporti tra giudice ed esperto potrebbe sollevare problemi inediti sotto il profilo dell'imparzialità: infatti, se si parte dall'idea che «si è tentati di parzialità a favore delle fonti di conoscenza che si sono *personalmente* ricercate e acquisite»¹⁴⁸⁷, dovrebbe per ciò stesso escludersi che al *technicien*, che per *definizione* accede in prima persona agli atti e ai fatti che è poi chiamato a valutare, possa essere attribuita la potestà di *decidere*.

Il problema, in questi termini, è tuttavia mal posto: anzitutto, se, dal punto di vista del magistrato, cui è attualmente riconosciuto il potere *discrezionale* di disporre l'espletamento della consulenza, l'iniziativa in tal senso potrebbe «essere scambiata per sintomo del venir meno dell[*a sua*] imparzialità psicologica»¹⁴⁸⁸ (per cui condivisibilmente si è potuto vedere nello «schermo dato dall'interposizione – tra il giudice [...] e le fonti asseverative delle opposte asserzioni di fatto – del consulente, terzo ed imparziale in guida di proiezione dello statuto personale del magistrato» una ulteriore conferma della «neutralità del provvedimento di ammissione della consulenza»¹⁴⁸⁹), l'attività del consulente, *quando è deducente*, «presuppone[ndo] l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e [avendo] per oggetto fatti già completamente provati dalle parti»¹⁴⁹⁰, non è diversa da quella ordinariamente espletata dal giudice secondo il brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Il pericolo di *bias*, allora, si pone – semmai¹⁴⁹¹ – esclusivamente con riferimento al caso in cui alle parti sia impossibile produrre il materiale destinato ad essere oggetto di valutazione: in sostanza, quando, ferma restando la necessità della deduzione *almeno* del

¹⁴⁸⁷ MONTESANO, Luigi, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 195.

¹⁴⁸⁸ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 244.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.* Sotto questo profilo, il modello non pone problemi, posto che la doverosità della perizia vale a neutralizzare ogni eventuale convinzione soggettiva di colui che (formalmente) la dispone.

¹⁴⁹⁰ Cass., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2663, in *Dir. giust. online*, 2013, 173, con nota di GIANNELLI, Wanda, *Il fine giustifica i mezzi. La CTU «esplorativa» è ammessa se è l'unico strumento per accertare la verità*

¹⁴⁹¹ È, infatti, opportuno sottolineare lo scetticismo personale nei confronti dell'argomento che lega un ruolo più attivo del giudice al suo (si direbbe, inevitabile) pregiudizio: come è emerso nel corso della trattazione, l'allegazione dei fatti ad opera (esclusiva) delle parti non mette certo al riparo dagli eventuali *biases* del giudice, a cominciare dall'assimilation bias, o da fenomeni di precomprensione; e, viceversa, sembra potersi fondatamente dubitare che un giudice, *ab origine* scevro di pregiudizi, li acquisti *per il solo fatto* di attivarsi per la ricerca della prova.

D'altro canto, se così non fosse, istituti come l'ispezione – che pur postula l'accesso ad una situazione disponibile a tutti – andrebbero eradicati dal codice, finendo per porre il giudice in una posizione cognitiva addirittura peggiore rispetto al *quivis de populo*.

fatto posto a fondamento della domanda¹⁴⁹², la consulenza sia *percipiente*. Con riferimento a tale eventualità, l'argomento, espressione e specificazione della più generale diffidenza rispetto all'uso dei poteri ufficiosi del giudice¹⁴⁹³, sembra intuitivamente logico, ma resta indimostrato: scavando nella letteratura, si scopre che esso è generalmente *assunto*, mentre i (pochi) tentativi di verifica empirica sono risalenti e contraddittori¹⁴⁹⁴. Anzi, lo studio che, ad un primo impatto sembrerebbe più probante nel senso della conferma della correlazione tra *inquisitorial model* e *bias*, non solo rileva che, quando il giudicante non abbia pregiudizi, non vi sono differenze significative nel risultato, rispetto ad una presentazione *adversarial* dei fatti, ma costruisce l'esperimento identificando il primo modello con la presentazione unilaterale dei fatti ad opera di un terzo, seguita immediatamente dalla decisione del giudice¹⁴⁹⁵: in sostanza, testa qualcosa di completamente diverso dall'ipotesi in cui lo stesso soggetto ricerchi le prove e giudichi sulla base di esse (e, come di norma avviene) dopo aver provocato *comunque* il contraddittorio.

Inoltre, prescindendo dalla validità o meno dell'ipotesi in sé, il suo richiamo può avere un senso fintantoché esistano delle alternative, ovvero quando si discuta, *in astratto*, dell'opportunità di lasciare che i fatti siano ricercati (anche o solo) dal giudice o presentati (esclusivamente) dalle parti. Nel caso della consulenza percipiente, tuttavia, la seconda opzione per definizione non è data, con la conseguenza che delle due, l'una: o si lascia che a condurre l'accertamento sia (quello che poi diventerà) il giudice, correndo il rischio che

¹⁴⁹² Cass., sez. III, 5 febbraio 2013, n. 2663, cit.

¹⁴⁹³ V., oltre a MONTESANO, Luigi, *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., LIEBMAN, Enrico T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; FAZZALARI, Elio, *L'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193. *Contra*, TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, cit., 176 ss.

Il discorso, in tempi più recenti, ha finito per intrecciarsi con quello – politico – dell'eventuale corrispondenza tra riparto dei poteri istruttori tra giudice e parti e concezione più o meno autoritaria del processo; posto che tale aspetto della questione non risulta rilevante in questa sede, ci si limita a rinviare, *ex multis*, a CIPRIANI, Franco, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, cit., 455 ss.; MONTELEONE, Girolamo, *Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 575 ss.; VERDE, Giovanni, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, cit., 676 ss.; TARUFFO, Michele, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 451 ss.

¹⁴⁹⁴ LIND, E. Allen - THIBAUT, John - WALKER, Laurens, *A Cross-Cultural Comparison of the Effect of Adversary and Inquisitorial Processes on Bias in Legal Decisionmaking*, in *Virginia L.R.*, 1976, 271 ss., una sintesi del quale può leggersi in THIBAUT, John - WALKER, Laurens, *Il giusto processo. Un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Varese, 1981 (trad. it. di Angelo Dondi), 61 ss.; LATOUR, Stephen, *Procedure: Transational Perspectives and Preferences*, in *Yale L.J.*, 1976, 258 ss.; Id., *Determinants of Participant and Observer Satisfaction with Adversary and Inquisitorial Modes of Adjudication*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1978, 1531 ss.; KAPLAN, Marin - MILLER, Lynn, *Reducing the Effects of Juror Bias*, ivi, 1978, 1443 ss.; AUSTIN, William, *Effect of Mode of Adjudication, Presence of Defense Counsel, and Favorability of Verdict on Observers' Evaluation of a Criminal Trial*, in *J. App. Soc. Psych.*, 1981, 285.

¹⁴⁹⁵ LIND, E. Allen - THIBAUT, John - WALKER, Laurens, *A Cross-Cultural Comparison*, cit., 278.

esso sia orientato da un *ipotetico* pregiudizio, o si rinuncia allo stesso, così *certamente* allontanandosi dall'obiettivo di tendenziale¹⁴⁹⁶ coincidenza del prodotto di giustizia a verità. Ma, considerato che la stessa imparzialità non è un valore in sé, bensì un mezzo per garantire *proprio* quell'obiettivo, non sono ragioni ideologiche, ma semplice *matematica* a suggerire la preferibilità del primo corno dell'alternativa.

Infine, vien da chiedersi se, all'atto pratico, la situazione attuale garantisca che l'eventuale *bias* del consulente tecnico venga intercettato dal giudice: infatti, proprio con riferimento alla consulenza percipiente, secondo l'attuale disciplina positiva, la maggiore latitudine esplorativa concessa all'esperto trova un correttivo nella permanente possibilità, per il giudice, di procedere ad un *diverso giudizio* sulla base degli *stessi fatti*, nel cui «apporto» (solo) sta l'«infungibilità funzionale»¹⁴⁹⁷ del consulente. Tuttavia, la riportata analisi della prassi giudiziaria¹⁴⁹⁸ mostra quanto frequente sia l'inutilizzo, o l'uso distorto, di tale potere: che sia per reale convinzione; per – più o meno ben riposta – fiducia nella persona del CTU o, più genericamente, fede nella scienza; per incapacità di comprendere il contenuto della perizia; per mancanza di tempo o per semplice pigrizia, la *valutazione* del tecnico *già* diviene automaticamente *giudizio* nella maggioranza dei casi. Negli altri, ove la refutazione critica non sia dovuta ad errori logici evidenti o ad *eccezionali* cognizioni personali del giudicante, la casistica si divide tra il *cherry-picking* nell'ambito dell'elaborato o nel rifiuto *tout court* dello stesso (verosimilmente) in ragione di *biased assimilation*, se non di reazione ad un comportamento (percepito come) irrispettoso da parte del tecnico. Di conseguenza, un numero imprecisato di consulenze “errate” – magari anche perché *biased* – passano indenni il vaglio, ed una percentuale altrettanto sconosciuta di elaborati meritevoli di acquisizione viene rifiutata ingiustamente; così, se non ci si può spingere ad affermare con certezza che il controllo successivo da parte del giudice sia addirittura dannoso, pare altrettanto dubbio che la sua eliminazione possa realmente determinare un deterioramento della posizione delle parti.

¹⁴⁹⁶ V. *retro*, § 17.2.1.

¹⁴⁹⁷ AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 245, nota 12.

¹⁴⁹⁸ V. *retro*, § 17.3.5.

26.3.5 L'impugnazione

Come accennato, la previsione dell'inoppugnabilità nel merito della (parte di sentenza costituita dalla) consulenza mira a costituire uno strumento di coercizione indiretta alla collaborazione delle parti nella scelta del consulente ed alla loro responsabilizzazione; puntare sull'interesse dei litiganti, consapevoli di ricevere sul fatto tecnico-scientifico un giudizio *one-shot*, inoltre, consentirebbe di funzionalizzare il loro sforzo selettivo allo scopo tendenzialmente epistemico del processo. Alla regola sembra, tuttavia, doveroso sottrarre almeno le censure tipicamente revocatorie, la cui convogliabilità nell'appello, quand'anche limitato, è stata, del resto, confermata dalla Consulta¹⁴⁹⁹.

Quanto alla violazione di norme processuali, il discorso si fa più complesso: partendo dal presupposto che il «giusto processo» implichi *anche*¹⁵⁰⁰ una certa dose di *procedural justice*¹⁵⁰¹, ma che stabilirne i limiti spetta al legislatore (cui, del resto, il dettato programmatico della Costituzione si rivolge), dovrebbe concludersi per la possibilità senz'altro di opporre ogni difformità del procedimento positivamente sanzionata (con la nullità o *altrimenti*)¹⁵⁰². Deve, tuttavia, darsi atto della sempre maggior diffusione dell'indirizzo giurisprudenziale in base al quale «[i] vizi dell'attività del giudice che possano comportare la nullità della sentenza o del procedimento, rilevanti *ex art.* 360, 1° comma, n. 4, c.p.c., non sono posti a tutela di un interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma a garanzia dell'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa in dipendenza del denunciato *error in procedendo*»¹⁵⁰³. Il tema – che si traduce, sostanzialmente, nella verifica della possibilità di affermare, in base al diritto positivo, il principio *pas de nullité sans grief* e, in tal caso, della sua latitudine – è troppo vasto per poter essere affrontato in questa sede; può solo notarsi che, se l'orientamento in parola può trovare concordi in principio, e – del resto – pare oggi poter rinvenire una base positiva nella formula

¹⁴⁹⁹ Corte cost., ord., 11 dicembre 2012, n. 304, in *Giur. cost.*, 2012, 4741.

¹⁵⁰⁰ L'espressione, certo, rinvia alle idee di RALWS, John, *A Theory of Justice*, cit., la cui percezione, in Italia, è tendenzialmente negativa; eppure, anche uno dei suoi maggiori critici (cfr. TARUFFO, Michele, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, cit., 111 ss.) riconosce che il rispetto delle garanzie procedurali, se non è da solo sufficiente ad assicurare una «decisione giusta», è tuttavia una delle condizioni necessarie a tal fine (cfr. TARUFFO, Michele, *Idee per una teoria della decisione giusta*, cit., 315 ss.).

¹⁵⁰¹ COMOGLIO, Luigi P. *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 47 ss.

¹⁵⁰² AULETTA, Ferruccio, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 154-155

¹⁵⁰³ Cass., sez. I, 2 febbraio 2018, n. 2626, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Cassazione civile*, n. 69.

dell'art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c., sembra sempre d'attualità l'avvertimento di Perrot¹⁵⁰⁴: vi sono dei casi in cui la prova della lesione diviene diabolica.

27. Conclusione

Una volta ricostruito schematicamente il disegno e verificata la sua compatibilità con le garanzie minime¹⁵⁰⁵ del giusto processo, sembra preferibile non indugiare ulteriormente, così rischiando di trasformare una proposta in una comparsa di risposta. Del resto, le conseguenze della revisione suggerita – uguaglianza di trattamento, legittimazione del giudice del fatto, rispetto dell'*intellectual due process* – sembrerebbero rendere superflua ogni ulteriore considerazione.

Tuttavia, piace pensare che, in aggiunta a quanto sopra, il sistema guadagnerebbe in onestà intellettuale: quella stessa che una volta conduceva i giudici a «riconosce[re] esplicitamente che il mezzo più spiccio per risolvere rettamente una lite era quello di farsi fare la sentenza da un avvocato»¹⁵⁰⁶ e che dovrebbe oggi, mutato quel che vi è da mutare, condurre ad ammettere che è bene che «*tract[e]nt fabrilia fabri*»¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁴ V. *retro*, § 17.3.4.

¹⁵⁰⁵ COMOGLIO, Luigi P. *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., 165-166.

¹⁵⁰⁶ CALAMANDREI, Piero, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., 260.

¹⁵⁰⁷ ORAZIO, *Epistolae*, II, I, 116.

INDEX

- bias(es):** 19; 29; 105; 108; 147; 148; 150; 152; 154; 155; 173; 177; 195; 201; 209; 223; 229; 241; 268; 270; 291; 293; 316; 343; 350; 351; 352
- consulenza tecnica:** 118; 127; 132; 212; 220; 224; 225; 236; 237; 238; 239; 240; 241; 242; 245; 247; 248; 249; 250; 251; 254; 255; 256; 257; 258; 273; 298; 304; 305; 306; 307; 308; 309; 313; 332; 333; 339; 350; 352
- contraddittorio:** 51; 67; 181; 193; 219; 220; 221; 222; 224; 225; 236; 239; 241; 249; 251; 252; 253; 255; 256; 262; 267; 269; 271; 273; 274; 294; 307; 331; 342; 344; 347; 348; 349; 351
- epistemic deference:** 193; 227
- expertise:** 105; 109; 110; 112; 115; 116; 117; 133; 139; 140; 143; 147; 148; 150; 154; 157; 161; 165; 167; 170; 171; 173; 179; 180; 186; 187; 189; 191; 196; 197; 210; 213; 221; 226; 229; 230; 238; 240; 241; 242; 244; 245; 246; 248; 252; 253; 255; 257; 258; 264; 265; 266; 267; 273; 276; 277; 281; 285; 289; 291; 292; 293; 295; 302; 303; 328; 334; 337; 339
- fatto tecnico-scientifico:** 193; 210; 231; 235; 267; 270; 331; 344; 349; 353
- giuria:** 83; 193; 198; 199; 200; 201; 202; 203; 204; 205; 207; 223; 231; 233; 260; 276; 277; 278; 285; 296; 315; 316; 318; 319; 322; 323; 325; 326; 328; 329; 330
- intellectual due process:** 193; 231
- iudex peritus peritorum:** 19; 109; 212; 230; 235; 236; 240; 248; 254
- iura novit curia:** 19; 109; 122; 123; 124; 125; 126; 127; 129; 294; 332; 349
- perizia:** v. *consulenza tecnica*
- specializzazione:** 19; 87; 98; 103; 105; 108; 109; 110; 111; 112; 116; 117; 118; 123; 126; 130; 131; 134; 135; 136; 137; 139; 140; 141; 142; 143; 146; 147; 149; 153; 155; 158; 159; 160; 161; 163; 166; 170; 171; 173; 175; 176; 177; 178; 180; 181; 183; 184; 187; 188; 190; 191; 195; 232; 239; 244; 285; 288; 289; 302; 327; 330

BIBLIOGRAFIA/BIBLIOGRAPHIE

- AGOSTINI, Frédérique - MOLFESSIS, Nicolas, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, 2017, su <http://www.justice.gouv.fr>
- AKENHEAD, Robert, *The Benefits Of Using The Technology & Construction Court*, PLA Annual Conference at Keble College, Oxford, 23rd March 2012, www.pla.org.uk
- AKERLOF, George A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Q. J. of Econ.*, 1970
- ALLAIN, Emmanuelle, *Le bilan de la réforme de la carte judiciaire. Rapport d'information sur la réforme de la carte judiciaire*, in *Dalloz actualité*, 4 septembre 2012
- ALLEN, Ronald J. - KOCK, Stefan - RIECHENBERG, Kurt - ROSEN, D. Toby, *The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for Fewer Generalities and Greater Detail in Comparative Law Scholarship*, in *North. Un. L.R.*, 1987-1988
- ALLEN, Ronald J., *Idealization and Caricature in Comparative Scholarship*, in *North. Un. L.R.*, 1987-1988
- ALLORIO, Enrico, *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948
- ALLORIO, Enrico, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. III, Padova, 1958
- ALTMAN, Naomi S. - KRZYWINSKI, Martin, *Points of Significance: Association, correlation and causation*, in *Nature Methods*, 2015
- ANCEL, Pascal - RIVIER, Marie-Claire, *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Etienne, 2003
- ANCEL, Pascal, voce «*Coûts du procès*», in CADJET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004
- ANDOLINA, Italo - VIGNERA, Giuseppe, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*², Torino, 1997
- ANDREWS, Neil H., *The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgements*, in *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 23/2014*, 3 febbraio 2014, su <https://ssrn.com/abstract=2399103>
- ANSANELLI, Vincenzo, *Riforme in tema di utilizzazione delle conoscenze esperte nel processo civile. Brevi rilievi critici*, in *Giusto proc. civ.*, 2009
- ANSANELLI, Vincenzo, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015
- ARKES, Hal R. - BLUMER, Catherine, *The Psychology of Sunk Cost*, in *Org. Beh. H. Dec. Pr.*, 1985
- ARROW, Kenneth J., *The Economics of Agency*, Stanford, 1984
- ASPRELLA, Cristina, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, 2012
- ASSEMBLEA COSTITUENTE, CCLXXXIV, *Seduta di sabato 8 novembre 1947*, disponibile su <http://storia.camera.it>
- ASSEMBLEE NATIONALE, 2^{ème} séance du 5 octobre 1978, 5650, disponibile su <http://archives.assemblee-nationale.fr>.
- ATKINS, Burton M., *Opinion Assignments on the United States Courts of Appeals: The Question of Issue Specialization*, in *West. Pol. Q.*, 1974
- AULETTA, Ferruccio, *Le misure di alternative dispute resolution allo studio del Ministro di grazia e giustizia*, in *Contr. impr.*, 1997
- AULETTA, Ferruccio, *Sulle possibili implicazioni costituzionali della composizione del Tribunale civile e dell'articolazione in sede e sezioni (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998
- AULETTA, Ferruccio, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999
- AULETTA, Ferruccio, *Motivazione opzionale?*, in AA.VV., *Nuovo processo civile e Giudice unico. La giustizia civile tra crisi e riforme. Atti del Convegno. Napoli, 6-7-8 novembre 1998*, Napoli, 2000

- AULETTA, Ferruccio, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. arb.*, 2000
- AULETTA, Ferruccio, *Il contratto come rimedio endoprocessuale*, in *Giust. civ.*, 2001
- AULETTA, Ferruccio, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002
- AULETTA, Ferruccio, *Per l'abolizione dell'appello contro le sentenze della Corte d'assise (a margine del caso Andreotti)*, 1 dicembre 2003, in www.judicium.it
- AULETTA, Ferruccio, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in AA.VV., *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006
- AULETTA, Ferruccio, *Note intorno alla prima applicazione del c.d. «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»*, in *Giust. civ.*, 2008
- AULETTA, Ferruccio, *La scelta del Ctu è veramente «cosa del giudice»?*, in *Giust. ins.*, 2009
- AULETTA, Ferruccio, *Rafforzamento per il calendario del processo*, in *Il Sole24Ore*, 14 settembre 2011
- AULETTA, Ferruccio, voce *Consulenza tecnica [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line* (2013), su www.treccani.it
- AULETTA, Ferruccio, *La lezione francese sulla revisione della geografia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2013
- AULETTA, Ferruccio, *Equilibrio del bilancio e amministrazione della giustizia*, 2014, in www.judicium.it.
- AULETTA, Ferruccio, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in *Riv. arb.*, 2015
- AULETTA, Ferruccio, *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016
- AULETTA, Ferruccio, *L'ibridazione dell'«agire in giudizio»: «tutela dei propri diritti», «autonoma iniziativa [...] di interesse generale» e principi costituzionali di equilibrio del bilancio e di sussidiarietà*, in *Giur. cost.*, 2016
- AULETTA, Ferruccio, *... il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del «sistema» dell'ABF?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018
- AULETTA, Ferruccio, *L'introduzione del principio costituzionale di equilibrio nel bilancio dello Stato: per un ripensamento dei valori nell'ordinamento della giustizia pubblica*, in D'ALESSANDRO, Chiara A. - MARCHESI, Claudia (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Roma, 2018
- AULETTA, Ferruccio, *La trascrizione dell'accordo di negoziazione assistita per nullaosta del p.m. a proposito di notariato e giurisdizione*, 2018, in <https://biblioteca.fondazionenotariato.it>
- AULETTA, Ferruccio - ROMEO, Francesco, *A preliminary study on the quantification of the normativity of the judicial precedent*, in SCHWEIGHOFER, Erich - KUMMER, Franz - SAARENPÄÄ, Ahti (ed.), *Data Internet of Things: Proceedings of the 22nd International Legal Informatics Symposium IRIS 2019, 21-23 February 2019, Salzburg, Bern*, 2019
- AULETTA, Ferruccio, *L'effettività nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 415 e in GRISI, Giuseppe (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 52.
- AULETTA, Ferruccio, *Per una nuova educazione al diritto giudiziario*, in *Foro it.*, 2019
- AUSTIN, Arthur D., *Complex Litigation Confronts the Jury System: A Case Study*, Frederick, 1984
- AUSTIN, William, *Effect of Mode of Adjudication, Presence of Defense Counsel, and Favorability of Verdict on Observers' Evaluation of a Criminal Trial*, in *J. App. Soc. Psych.*, 1981
- AUTIN, Jean-Louis, *Le devenir des autorités administratives indépendantes*, in *RFDA*, 2010
- AUTIN, Jean-Louis, *Autorités administratives indépendantes, démocratie et état de droit*, in *Dr. soc.*, 2016
- AVANZINI, Alfredo, *Il reclutamento dei giurati nei Paesi di Common law*, in AMODIO, Ennio (a cura di), *I giudici senza toga*, Milano, 1979
- AVANZINI, Alfredo, *Il reclutamento dei giurati nei Paesi di Common law*, in AMODIO, Ennio (a cura di), *I giudici senza toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Milano, 1979

- BAGGENSTOSS, Grazielly A., *O Sistema de Precedente no CPC/2015: a calculabilidade das decisões judiciais pátrias como segurança jurídica defendida pela análise econômica do direito*, in *EAL R.*, 2017
- BAILEY, Julian, *Public Law and Statutory Adjudication*, June 2008, su www.scl.org.uk
- BALENA, Giampiero - ORIANI, Renato - PROTO PISANI, Andrea - RASCIO, Nicola, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006
- BALENA, Giampiero, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012
- BALENA, Giampiero, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro it.*, 2015
- BANCA MONDIALE, *Doing Business in Italia 2013*, Washington, 2013
- BANKS, Robert S. - GERLACH, Luther P., *The Science Court Proposal in Retrospect: A Literature Review and Case Study*, in *CRC*, 1980
- BARADUC, Elisabeth, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004
- BARBIER, Jehan-Denis, *Rapport d'expertise et principe du contradictoire*, in *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019
- BARBUTO, Mario, *Court management. Il Programma Strasburgo. Prima esperienza italiana di gestione responsabile del contenzioso civile*, in SCIACCA, Mariano - VERZELLONI, Luca - MICCOLI, Grazia (a cura di), *Giustizia in bilico*, Roma, 2013
- BARENDRECHT, Maurits - BOLT, Korine - DE HOON, Machteld, *Appeal Procedures: Evaluation and Reform*, in *TILEC Discussion Paper DP*, 2006
- BASILE, Fabio, *L'utilizzo di conoscenze scientifiche nel processo penale, tra junk science e "legittima ignoranza" del giudice*, in *St. Iuris*, 2018
- BASSOK, Miriam, *Transfer of domain-specific problem-solving procedures*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 1990
- BATTAGLIA, Viviana, *Effetti dell'introduzione del giudice unico in tribunale*, in *Giusto proc. civ.*, 2008
- BATTAGLIA, Viviana, *La «litigiosità» degli italiani è la vera causa del dissesto della giustizia civile?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014
- BATTAGLIA, Viviana, *L'accertamento tecnico preventivo nelle controversie previdenziali e assistenziali connesse allo stato di invalidità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016
- BAUM, Laurence, *Probing the Effects of Judicial Specialization*, in *Duke L.J.*, 2009
- BAUM, Lawrence, *Specializing the Courts*, Chicago-London, 2011
- BEECHER-MONAS, Erica, *The Heuristics of Intellectual Due Process: A Primer for Triers of Science*, in *NY Un L.R.*, 2000
- BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, New York, 2007.
- BEENSTOCK, Michael - HAITOVSKY, Yoel, *Does the appointment of judges increase the output of the judiciary?*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2004
- BELORGEY, Jean-Michel, *La situation générale du temps des procédures devant les juridictions*, in COULON, Jean-Marie - FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, 1996
- BENCINI, Riccardo, *La consulenza tecnica preventiva nelle controversie tra risparmiatore e banca*, in *Corr. mer.*, 2011
- BERG, Janine - CAZES, Sandrine, *Comparer et classer les droits du travail nationaux : les limites des indicateurs Doing Business*, in *Rev. trav.*, 2008
- BERGEL J.-L., *Problemi metodologici di riforma del processo civile nei sistemi di civil law*, in *Pol. dir.*, 2018
- BERLIN, Isaiah, *The Hedgehog and The Fox. An essay on Tolstoy's view of history*, London, 1953
- BERNARD, Alain, *Law and Economics, une science idiote ?*, in *Rec. Dalloz*, 2008
- BESSO, Chiara, *La prova prima del processo*, Torino, 2004

- BESSO, Chiara, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in CHIARLONI, Sergio (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Bologna, 2007
- BEZES, Philippe, *Le renouveau du contrôle des bureaucraties. L'impact du New Public Management*, in *Informations sociales*, 2005
- BIANCHETTI, Raffaele, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del Tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2016
- BIANCO, Magda - GIACOMELLI, Silvia - GIORGIANTONIO, Cristina - PALUMBO, Giuliana - SZEGO, Bruna, *La durata (eccessiva) dei procedimenti civili in Italia: offerta, domanda o rito?*, in *Riv. pol. ec.*, 2007
- BIAVATI, Paolo, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017
- BILLINGS, B. Anthony - CRUMBLEY, D. Larry - SMITH, L. Murphy, *Are U.S. Tax Court Decisions Subject to the Bias of the Judge?*, in *Tax Notes*, 1992
- BIN, Roberto, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- BIONDI, Pompeo, *La perizia giuridica (concetto e teoria generale)*, Firenze, 1935
- BLERY, Corinne, *La notion de spécialisation*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l'IFR*, Toulouse, 2012
- BLERY, Corinne, *Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon*, in *Dalloz Actualité*, 7 febbraio 2018
- BLERY, Corinne - TEBOUL, Jean-Paul, *Des pistes pour la réforme de la mise en état*, in *Dalloz Actualité*, 20 Avril 2018.
- BOCCAGNA, Salvatore, *L'arbitrato al tempo della « degiurisdizionalizzazione » (riflessioni sull'art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Riv. arb.*, 2016
- BOCCAGNA, Salvatore, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli, 2017
- BOHLANDER, Michael, *The German Advantage Revisited: An Inside View of German Civil Procedure in the Nineties*, in *Tulane Eur. Civ. L.F.*, 1998
- BOLARD, Georges, *Les réformes de procédure civile : perspectives*, in *Procédures*, 2006
- BOLLETTINARI, Alessandro, *Court Management in Italy: from the 'Strasbourg Programme' to Current Law Reform Under the Framework of European Principles*, in *Contr. impr. eur.*, 2013
- BONA, Carlo, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi dei giudici civili*, Bologna, 2010.
- BONE, Robert G., *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*, New York, 2003
- BONZANO, Carlo, *Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2019
- BORE, Jacques - BORE, Louis, *Pourvoi en cassation*, in *Rep. proc. civ.*, 2015 (*actu* : 2019)
- BORGES TEIXEIRA, José Jr, *Reduzindo os Custos: Os Precedentes Judiciais como uma Externalidade Positiva do Litígio*, in *Civil Procedure Review*, 2018
- BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2014
- BORVO COHEN-SEAT, Nicole – DETRAIGNE, Yves, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la réforme de la carte judiciaire*, 11 juillet 2012, disponibile su <http://www.senat.fr>
- BOUTY, Cédric, *Chose jugée*, in *Rep. proc. civ.*, 2018
- BOVE, Mauro, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001
- BOVE, Mauro, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010
- BOVE, Mauro, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011
- BOYSEN, Guy A. - VOGEL, David L., *Biased Assimilation and Attitude Polarization in Response to Learning About Biological Explanations of Homosexuality*, in *Sex R.*, 2007

- BRAEN, André, *Collegialité et Juge Unique*, in *Rev. gén. droit*, 2011, 296.
- BRAY, Robert L. - COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Multitasking, Multi-Armed Bandits, and the Italian Judiciary*, in *Man. & Service Op. Man.*, 2016
- BREEN, Emmanuel, *Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002
- BRENNER, Claude, *La réforme de la procédure civile : un chantier de démolition ?*, in *Rec. Dalloz*, 2018
- BRENNER, Saul, *Issue Specialization as a Variable in Opinion Assignment on the U. S. Supreme Court*, in *J. Pol.*, 1984
- BRENNER, Saul - SPAETH, Harold J., *Issue Specialization in Majority Opinion Assignment on the Burger Court*, in *West. Pol. Q.*, 1986
- BRESCIA, Gennaro, *Manuale del perito e del consulente tecnico nel processo civile e penale*, Santarcangelo di Romagna, 2011
- BRESCIANO, Mario, *I principi di specializzazione nei settori scientifici e nell'ambito giurisdizionale*, in DE NUNZIO, Wladimiro (a cura di), *La specializzazione nella giurisdizione*, Perugia, 2001
- BREWER, Scott, *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, in *Yale L.J.*, 1998
- BRIGUGLIO, Antonio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014
- BRUFF, Harold H., *Specialized Courts in Administrative Law*, in *Admin. L.R.*, 1991
- BRUGNOT, Thomas - PORTE, Emmanuel, *La transmission du savoir-faire prud'homal : formation syndicale et rôle des pairs*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008
- BRUNO, Anna S., *Bringing Uniformity to Brazilian Court Decisions: Looking at the American Precedent and at Italian Living Law*, in *El. J. Comparative L.*, 2007, 3, disponibile su www.ejcl.org
- BRUSCO, Carlo, *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008
- BUENO DE MESQUITA, Ethan - STEPHENSON, Matthew, *Informative Precedent and Intrajudicial Communication*, in *Am. Pol. Science R.*, 2002
- BUFFET, Jean, *Présentation générale: la saisine pour avis de la Cour de cassation*, 2000, disponibile su www.courdecassation.fr
- BUMYEAT, Myles F., *Wittgenstein and Augustine De Magistro*. in *Arist. Soc. Suppl. Vol.*, 1987
- BUONANNO, Paolo - GALIZZI, Matteo M., *Advocatus, Et Non Latro? Testing the Supplier-Induced-Demand Hypothesis for Italian Courts of Justice*, in *FEEM Working Paper*, 2010
- BURBANK, Stephen B., *Problemi di complessità nella attuale pratica civilista statunitense – una iattura o una benedizione*, in DONDI, Angelo (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011
- BUSCAGLIA, Edgardo - DAKOLIAS, Maria, *Comparative International Study of Court Performance Indicators. A Descriptive and Analytical Account*, Washington, The International Bank for Reconstruction and Development, 1999, disponibile su <http://documents.worldbank.org>, 19.
- BUTLER, F. Coit, *The Major Factors That Affect Learning: A Cognitive Process Model*, *Educational Technology*, 1977
- CADIET, Loïc, *Le juge unique en question*, in BOLZE, Christian - PEDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, 1996
- CADIET, Loïc, *Le Nouveau Code de Procédure Civile Français, Vingt-Cinq ans Apres*, in *Derecho PUCP*, 2000
- CADIET, Loïc, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004
- CADIET, Loïc, *Introduction générale*, negli atti del convegno *Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation*, Parigi, 4 dicembre 2007, disponibili su www.creda.ccip.fr

- CADIET, Loïc, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in RFAP., 2008
- CADIET, Loïc, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in DONDI, Angelo (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011
- CADIET, Loïc - CHAINAIS, Cécile, *Présentation des parcours différenciés*, annexe aux *Lignes directrices pour une modernisation des missions de la Cour de cassation*, décembre 2016, disponibile su www.courdecassation.fr.
- CADIET, Loïc - JEULAND, Emmanuel *Droit judiciaire privé*, Paris, 2016
- CADIET, Loïc, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006
- CAIRNS, John W. - MCLEOD, Grant (ed.), *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in The History of The Common Law*, Oxford 2002.
- CALAMANDREI, Piero, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924
- CALAMANDREI, Piero, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938
- CALAMANDREI, Piero, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1941
- CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943
- CALAMANDREI, Piero, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968
- CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*, II, in *Opere Giuridiche*, Napoli 1979, VII
- CALAMANDREI, Piero, *Fede nel diritto (1940)*, in CALAMANDREI, Silvia (a cura di), *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008
- CALOGERO, Guido, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964
- CAMERA DEI DEPUTATI. Relazione della I Commissione permanente (Affari costituzionali, della presidenza del consiglio e interni) presentata alla presidenza il 16 luglio 1999 sulla proposta di legge costituzionale n. 5735, su <http://leg13.camera.it>
- CANELLA, Maria G., *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- CANELLA, Maria G., *Nuove proposte per la fase introduttiva del giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014
- CANIVET, Guy, *L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence?*, in MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, 2004
- CAPASSO, Valentina, *La motivation arricchie: controtendenze dalla Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018
- CAPASSO, Valentina, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2019
- CAPASSO, Valentina, *Il filtrage des pourvois alla Cassazione francese tra comparazione e analisi economica del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019
- CAPASSO, Valentina, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019
- CAPASSO, Valentina, *Il valore della «giurisprudenza» in Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2019
- CAPASSO, Valentina, *L'Adjudication. Contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Torino, 2019.
- CAPONI, Remo, *Procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis c.p.c.) e canone di proporzionalità*, in *Quest. giust.*, 2010,
- CAPONI, Remo, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011
- CAPONI, Remo, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015
- CAPONI, Remo, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016

- CAPPELLETTI, Mauro, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania. La crisi delle professioni giudiziarie in Italia: problemi e rimedi*, Milano, 1957
- CAPPELLETTI, Mauro, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”*, in *Giur. cost.*, 1961
- CAPPELLETTI, Mauro, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.* 1969
- CAPPELLETTI, Mauro, *Doppio grado di giurisdizione: parere iconoclastico n° 2, o razionalizzazione dell'iconoclastia?*, in *Giur. it.* 1978
- CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988
- CAPPONI, Bruno, *Brevi osservazioni sull'art. 111 della Costituzione (procedimento monitorio, processo contumacia, art. 186-quater c.p.c.)*, in CIVININI, Maria G. - VERARDI, Carlo M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano, 2001
- CARBONE, Luigi, *I pareri del Consiglio di Stato sulla riforma Madia: verso un'evoluzione delle funzioni consultive?*, 2017, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it
- CARBONI, Nadia, *Il New Public Management nel Settore Giudiziario*, in *IRSIG-CNR*, 2012
- CARDOZO, Benjamin N., *The Growth of the Law*, New Haven, 1924
- CARINGELLA, Francesco, *Manuale di diritto amministrativo*¹¹, Roma, 2017
- CARLIZZI, Gaetano, *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, in *Crim.*, 2015
- CARLIZZI, Gaetano, *Giudice 2.0 e uso del sapere specialistico nel processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017
- CARLIZZI, Gaetano, *Iudex peritus peritorum. Un contributo alla teoria della prova specialistica*, in *Dir. pen. cont.*, 2017
- CARMIGNANI, Amanda - GIACOMELLI, Silvia, *La giustizia civile in Italia: i divari territoriali*, in *Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper della Banca d'Italia*, 2009
- CARMIGNANI, Amanda - GIACOMELLI, Silvia, *Too Many Lawyers?*, in *Temi di discussione. Working papers*, 2010
- CARNACINI, Tito, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in CARNELUTTI, Francesco (a cura di), *Studi in onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milano, 1951
- CARNELUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova, 1926
- CARNELUTTI, Francesco, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956
- CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Milano, 1992
- CARPI, Federico, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013
- CARPI, Federico, *L'avvocato telematico ed i tentativi per eliminare l'arretrato giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014
- CARRATTA, Antonio, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001
- CARRATTA, Antonio, *La c.d. semplificazione e riduzione dei riti civili*, in ID., *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012
- CARRATTA, Antonio, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017
- CARTABIA, Marta, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, su www.cortecostituzionale.it
- CASABURI, Geremia, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2012
- CASABURI, Geremia, *Storia prima felice, poi dolentissima e funesta, delle sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2014

- CASTELLI, Claudio, *Un'ottica diversa per le risorse della giustizia: giudice unico e sua ripartizione sul territorio*, in *Foro it.*, 1996, I
- CATALANO, Elena M., *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996
- CATELLANI, Patrizia, *Il giudice esperto*, Bologna, 1992.
- CAVALLINI, Cesare, *Iura novit curia (civil law e common law)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017
- CAVALLINI, Cesare, *Why is the Iura Novit Curia Principle not applied yet in English Law?*, in *Global Jurist*, 2017
- CAVALLONE, Bruno, *Un tardo prodotto dell'art déco (il «nuovo» articolo 281 ter c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000
- CAVALLONE, Bruno, *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008
- CAVALLONE, Bruno, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- CAVALLONE, Bruno, *A proposito dell'imperfezione delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2011
- CAVALLONE, Bruno, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- CAVALLONE, Bruno, *Istruzione probatoria e preclusioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2014
- CAVALLONE, Bruno, *Sulla citazione dei «precedenti» negli scritti forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018
- CAYROL, Nicolas, *Référé civil – Saisine*, in *Rep. proc. civ.*, mars 2016 (actu : mai 2019)
- CEA Costanzo M., *La trattazione della causa nel rito ordinario*, in ID., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2010
- CECCHETTI, Marcello, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, 2001
- CECCHI, Marco, *L'«autonoma valutazione» del giudice quale baluardo contro l'appiattimento sulla prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017
- CELENTANO, Paolo, *Le sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Soc.*, 2012
- CEPEJ, *Time management of justice systems: a Northern Europe study*, Strasbourg, 2006, disponibile su <https://rm.coe.int>
- CEPEJ, *Implementing the SATURN time management tools in courts*, 2011, disponibile su <https://rm.coe.int>.
- CEPEJ, *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, 2018, disponibile su www.coe.int
- CEPEJ-COOP, *Report. Evaluation of the Latvian Judicial System on the basis of the methodology and tools developed by the CEPEJ*, marzo 2018, su <https://rm.coe.int>
- CEPEJ-SATURN, *Case-weighting in European judicial systems. Draft Version - Revision 10*, Strasbourg, 3 July 2018, disponibile su <https://rm.coe.int>
- CHAINAIS, Cécile, *Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé*, in FLISE, Laurence - JEULAND, Emmanuel, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, cit., 31.
- CHANTREL, Étienne - GIRAUD, Raphaël - GUIBAUD, Stéphane, *Quelques pistes d'analyse économique*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002
- CHAPPE, Nathalie, *Economie et résolution des litiges*, Paris, 2005
- CHAPPE, Nathalie - OBIDZINSKI, Marie, *Demande en justice et nombre de tribunaux*, in *RJEP*, 2013
- CHARBIT, Nicolas, *Frédéric Jenny : Un économiste à la Cour*, in *Concurrences*, 2005
- CHASE, Anthony, *The Birth of the Modern Law School*, in *Am. J. Legal Hist.*, 1979
- CHASE, Oscar G., *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?*, in TROCKER, Nicolò - VARANO, Vincenzo (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti*, Florence, 12-13 December 2003, Torino, 2005

- CHAUVAUD, Frédéric, *La carte judiciaire dans tous ses états. De la Révolution aux années « 1930 »*, in CADIET, Loïc - RICHER, Laurent (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, 2003
- CHAUVIN, Pascal, *La saisine pour avis*, in *Rapport de la Cour de cassation 1993*, disponibile su www.courdecassation.fr
- CHEMERINSKY, Erwin, *Constitutional Law*^{5th}, New York, 2015
- CHENG, Edward K., *The Myth of the Generalist Judge*, in *Stanford L.R.*, 2008
- CHENG, Edward K., *Opinion specialization: Alive and well in the federal appellate judiciary*, in *Judicature*, 2008
- CHENG, Edward K., *Specialist Judges*, in *3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers*, 12 aprile 2008, su <https://ssrn.com/abstract=1119603>,
- CHENG, Edward K., *Scientific Evidence as Foreign Law*, in *Brook. L.R.*, 2010
- CHEVALLIER, Jacques, *Autorités administratives indépendantes et état de droit*, in *Civ. Europa*, 2016
- CHIARLONI, Sergio, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987
- CHIARLONI, Sergio, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000
- CHIARLONI, Sergio, *La sentenza della «terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.* 2002
- CHIARLONI, Sergio, *Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.*, 2004
- CHIARLONI, Sergio, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008
- CHIARLONI, Sergio, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*³, Roma, 1923
- CHRISTENSEN-SZALANSKI, Jay J.J. – BEACH, Lee R., *The Citation Bias: Fad and Fashion in the Judgment and Decision Literature*, in *Am. Psych.*, 1984
- CIMORELLI, Stephen C. - CHANDLER, Greg, *Control Of Production and Materials*, in CROWSON, Richard (ed.), *Factory Operations: Planning and Instructional Methods*, Boca Raton, 2005
- CIPRIANI, Franco, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994
- CIPRIANI, Franco, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003
- CIPRIANI, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991
- CIVININI, Maria G. *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.* 1999
- CIVIT, *Delibera n. 2/2012. Linee guida per il miglioramento della predisposizione e dell'aggiornamento del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, 5 gennaio 2012, tratto da www.anticorruzione.it
- CLARICH, Marcello, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI, Franco - MERUSI, Fabio (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993
- CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Paris, 2001
- CLUZEL, Lucie, *La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ?*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002
- COADY, Cecil A.J., *Testimony: A Philosophical Study*, Oxford, 1992
- COHEN, Daniel - GARAPON, Antoine, *Préface*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002
- COHENDET Marie-Anne, *La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition?*, in *Revue fran. dr. const.*, 2006

- COLLINS, Harry - EVANS, Robert, *Rethinking Expertise*, Chicago-London, 2007
- COMMISSION DE MISE EN OEUVRE DE LA REFORME DE LA COUR DE CASSATION, *Volet « filtrage des pourvois »*. *Projet d'étude d'impact*, cit., 22-23.
- COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE RIFORME COSTITUZIONALI, *Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione. Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1*, trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997, su <http://leg13.camera.it>
- COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE, SECONDA SOTTOMISSIONE (SECONDA SEZIONE), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 5 dicembre 1946 della dell'Assemblea Costituente*, su www.camera.it.
- COMMISSIONE ROVELLI PER LA REVISIONE SISTEMATICA DIRITTO COMMERCIALE, *Relazione e articolato in materia di giustizia per le imprese (Allegato 3 alla Relazione generale)*, 13 aprile 1999, disponibile su www.giustizia.it
- COMOGLIO, Luigi P, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in NGCC, 2001
- COMOGLIO, Luigi P. *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino, 2004, 47 ss.
- COMOGLIO Luigi P., *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- COMOGLIO, Paolo, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014
- CONFERENCE GENERALE DES JUGES CONSULAIRES DE FRANCE, *Rapport de la commission prospective. Du tribunal de commerce au tribunal des activités économiques : Pour une justice commerciale attractive et efficace*, 23 ottobre 2018, su <http://www.tribunauxdecommerce.fr>
- CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Rapport annuel d'activité 1999*, 1er janvier 2000, su <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>
- CONSOLO, Claudio, *La ricsuzione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998
- CONSOLO, Claudio, *L'avvento del giudice unico fra riorganizzazione e timidezze*, in *Corr. giur.*, 1998
- CONSOLO, Claudio, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000
- CONSOLO, Claudio, *Il giudice «terzo» e «imparziale»*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, Napoli, 2002
- CONSOLO, Claudio, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutele al di là del “favoloso” art. 11*, in *Corr. giur.*, 2002
- CONSOLO, Claudio, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, in *Corr. giur.* 2006
- CONSOLO, Claudio, *Dal filtro in Cassazione ad un temperato “stare decisis”: la prima ordinanza sull'art. 360-bis*, in *Corr. giur.*, 2010
- CONSOLO, Claudio, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio D'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 CEDU*, in *Corr. giur.*, 2010
- CONSOLO, Claudio, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della “degiurisdizionalizzazione”*, in *Corr. giur.*, 2014
- CONSOLO, Claudio - BERTOLLINI, Paolo - BUONAFEDE, Alice, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017
- CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES, *Opinion (2012) no. 15 on the specialisation of judges*, Paris, 13 novembre 2012, su <https://www.coe.int>
- CONSTITUTIONAL AFFAIRS COMMITTEE, *Judicial appointments and a Supreme Court (court of final appeal)*, 2004, su publications.parliament.uk
- CONTI, Carlotta, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008
- COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *Expert Testimony, Daubert, and the Determination of Damages*, in *Rev. Law & Ec.*, 2008

- COOPER, David - TOMLIN, Jonathan T., *When Should Judges Appoint Experts? A Law and Economics Perspective*, in *Bepress Legal Series. Working Paper 1699*, 2006, su <http://law.bepress.com/>
- COOTER, Robert D., *The Objectives of Private and Public Judges*, in *Public Choice*, 1983
- CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Milano, 1966
- CORNU, Gérard, *L'élaboration du Code de procédure civile*, in *Revue d'hist. fac. dr. science jur.*, 1995
- CORNU, Gerard, *Vocabulaire juridique*, Paris, 2018
- CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, disponibile su www.cortedicassazione.it, 44.
- CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. UFFICIO DI STATISTICA, *La cassazione civile. Annuario statistico 2017*, 10 gennaio 2018, disponibile su www.cortedicassazione.it
- COSSIGNANI, Fabio, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013
- COSTANTINO, Giorgio, «Giusto processo» e procedure concorsuali, in *Foro it.*, 2001
- COSTANTINO, Giorgio, *Le riforme della giustizia civile nella XIV legislatura*, in *Riv. dir. proc.*, 2005
- COSTANTINO, Giorgio, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- COSTANTINO, Giorgio, *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- COSTANTINO, Giorgio, *Rassegna di legislazione (1° gennaio – 31 ottobre 2013)*, in *Riv. dir. proc.*, 2013
- COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2017*, disponibile su www.courdecassation.fr.
- COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*, février 2015, disponibile su www.ccomptes.fr
- COVIELLO, DECIO – ICHINO, ANDREA – PERSICO, NICOLA, *Giudici in affanno*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2012
- COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *Time allocation and task juggling*, in *Am. Econ. Rev.*, 2014
- COVIELLO, Decio – ICHINO, Andrea – PERSICO, Nicola, *The inefficiency of worker time use*, in *J. EEA*, 2015
- COVIELLO, Decio - ICHINO, Andrea - PERSICO, Nicola, *Measuring the gains from labor specialization*, 27 febbraio 2019, consultabile su www.andreaichino.it
- CRIFÒ, Carla, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000
- CRISAFULLI, Vezio, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985
- CSM, *Nuova circolare in materia di programmi di gestione dei procedimenti civili prevista dall'art. 37 D.L. 98/2011 (Circolare n. P – n. 22890 del 9 dicembre 2016 – Delibera del 7 dicembre 2016)*, disponibile su www.csm.it
- CURRIE, David P. - GOODMAN, Frank I., *Judicial Review of Federal Administrative Action: Quest for the Optimum Forum*, in *Columbia L.R.*, 1975
- D'AMBRA, Dominique, *Droit et pratique de l'appel³*, Paris, 2018
- DA CUNHA REZENDE, Flávio, *The implementation problem of New Public Management reforms: the dilemma of control and the theory of sequential failure*, in *Int'l Public Management R.*, 2008
- DALFINO, Domenico, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédure participative*, in *AA.VV., Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it.*, 2015
- DALFINO, Domenico, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, disponibile su www.treccani.it
- DALFINO, Domenico, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.* 2018
- DALLA BONTÀ, Silvana, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Trento 2015
- DAMAŠKA, Mirjan R., *Epistemology and Legal Regulation of Proof*, in *Law., Prob. & Risk*, 2003

- DAMAŠKA, Mirjan R., *The Jury and the Law of Evidence: Real and Imagined Interconnections*, in *Law., Prob. & Risk*, 2006
- DAMLE, Sarang V., *Specialize the Judge, Not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court*, in *Virginia L.R.*, 2005
- DANET, Jean, *Mouvements et mobilité d'un corps. Une étude des « transparences » au siège et au parquet (années 2015 et 2016)*, 2017, in <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr>
- DAPAS, Alessandra - VIOLA, Luigi, *L'accertamento tecnico preventivo tra esigenze cautelari e nuove esigenze di mediazione*, in *Urb. app.*, 2014
- DARNANVILLE, Henri-Michel, *La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, in *AJDA* 2001
- DAWSON, John P., *A History of Lay Judges*, Cambridge, 1960
- DE CASTRO MENDES, Aluisio G. - TEMER, Sofia, *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de processo civil*, in *Rev. de proc.*, 2015
- DE CLERCK, Stefaan *La réforme du système judiciaire*, Bruxelles, Faculté de droit de l'ULB, 1 mars 2010.
- DE NICTOLIS, Rosanna, *I protocolli tra Autorità amministrative indipendenti e giurisdizione amministrativa*, 20 luglio 2018, su www.giustizia-amministrativa.it
- DE SENNEVILLE, Valérie, *Faut-il revenir sur la mobilité des magistrats spécialisés ?*, in *Les Echos*, 14 décembre 2015, www.lesechos.fr.
- DE STEFANO, Francesco - BONSIGNORE, Alessandro - VIAZZI, Claudio, *La scelta dei consulenti e dei periti per gli accertamenti genetico-forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016
- DEFFAINS, Bruno, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, in *RFE*, 1997
- DEFFAINS, Bruno - DORIAT-DUBAN, Myriam, *Équilibre et régulation du marché de la justice. Délais versus prix*, in *Revue économique*, 2001
- DELACOURT, Diane - GALLEMAND, Florence, *Les conseillers prud'hommes aujourd'hui: morphologie d'un groupe*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauges, 2008
- DELLA PIETRA, Giuseppe, *Le procedure amministrative ante causam*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Torino, 2015
- DELOCHE, Régis, *Transaction, jugement et théorie des jeux. Evaluation et application*, in *Revue économique*, 2001
- DENTI, Vittorio, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968
- DENTI, Vittorio, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972
- DENTI, Vittorio, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989
- DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional reform: a new way of appointing judges. Consultation Paper*, 2003, su webarchive.nationalarchives.gov.uk
- DETRAIGNE, Yves, *Projet de loi de finances pour 2018 : Justice judiciaire et accès au droit*, in *Budget 2018 - Justice judiciaire et accès au droit*, 23 novembre 2017, disponibile su <http://www.senat.fr>
- DEUMIER, Pascale, *Mesurer l'inflation normative*, in *RTD civ.*, 2018
- DEUMIER, Pascale, *Jurisprudence*, in *Rep. dr. civil*, 2018 (actu: 2019)
- DEUMIER, Pascale, *Mesurer l'inflation normative*, in *RTD civ.*, 2018
- DEVINE, Dennis J. - CLAYTON, Laura D. - DUNFORD, Benjamin B. - SEYING, Rasmy - PRYCE, Jennifer, *Jury Decision Making: 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups*, in *Psych., Pub. Pol., Law*, 2001
- DI BENEDETTO, Carmine, *"Giudizi tecnici" e ruolo dei consulenti secondo la Cassazione*, in *Dir. ind.*, 2017
- DI FEDERICO, Giuseppe, *La Corte di cassazione*, Bari, 1969
- DI MAJO, Adolfo, *Un discutibile esempio di "precomprensione"*, in *Giur. it.*, 2016

- DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES. POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. LEGAL AFFAIRS, *Civil law expert reports in the EU: national rules and practices. In-depth analysis for the JURI Committee*, 2015, <http://www.europarl.europa.eu>
- DO PASSO CABRAL, Antonio, *Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*, in *Rev. proc. comparado*, 2015
- DONDERO, Bruno, *Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?*, in *Rec. Dalloz* 2017
- DONDI, Angelo, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996
- DONDI, Angelo, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001
- DONDI, Angelo, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2013
- DONDI, Angelo - ANSANELLI, Vincenzo - COMOGLIO, Paolo, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata²*, Milano, 2018
- DONZELLI, Romolo, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art.445-bis c.p.c. al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014
- DONZELLI, Romolo, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017
- DREYFUSS, Rochelle C., *The Federal Circuit: A Case Study in Specialized Courts*, in *NY Un. L.R.*, 1989
- DREYFUSS, Rochelle C., *Specialized Adjudication*, in *BY Un. L.R.*, 1990
- DREYFUSS, Rochelle C., *Forums of the Future: The Role of Specialized Courts in Resolving Business Disputes*, in *Brook. L.R.*, 1995
- DREYFUSS, Rochelle C., *The EU's Romance with Specialized Adjudication, Editorial*, in *Int'l Rev. IPCL*, 2016
- DRISKELL, James E. - MULLEN, Brian, *Status, Expectations, and Behavior: A Meta-Analytic Review and Test of the Theory*, in *Pers. Soc. Psych. Bull.*, 1990
- DU LUART, Roland, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la mise en oeuvre de la LOLF dans la justice judiciaire*, n. 478, Session extraordinaire de 2004-2005, Annexe au procès-verbal de la séance du 13 juillet 2005, disponible su <https://www.senat.fr>
- DUMOULIN, Laurence, *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, in *Dr. soc.*, 2000
- DUMOULIN, Laurence, *L'expertise à l'épreuve du droit*, in CHAUVAUD, Frédéric, *Experts et expertise judiciaire. France, XIXe et XXe siècles*, Rennes, 2003
- DUMOULIN, Laurence, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, 2007
- DUPONT, Emilie - SCHOENAERS, Frederic, *Reform of the Belgian Justice System: Changes to the Role of Jurisdiction Chief, the Empowerment of Local Managers*, in *Laws*, 2018
- DUXBURY, Neil, *The Nature And Authority Of Precedent*, Cambridge, 2008
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011
- DWYER, Deirdre, *Changing Approaches to Expert Evidence in England and Italy*, in *Int'l Comm. Ev.*, 2003
- DWYER, Deirdre, *The Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge, 2008
- DYEVRE, Arthur, *Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour*, in *Eur. Pol. Sc. Rev.*, 2010
- EISENBERG, Theodore - CLERMONT, Kevin M., *Trial by Jury or Judge: Which is Speedier ?*, in *Judicature*, 1995-1996
- EISENBERG, Theodore - HUANG, Kuo-Chang, *The effect of rules shifting supreme court jurisdiction from mandatory to discretionary—An empirical lesson from Taiwan*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2012

- EISENBERG, Theodore - FISHER, Talia - ROSEN-ZVI, Issi, *Group Decision Making on Appellate Panels: Presiding Justice and Opinion Justice Influence in the Israel Supreme Court*, in *Psych., Pub. Pol., Law.*, 2013
- EISENHARDT, Kathleen M., *Agency Theory: An Assessment and Review*, in *Ac. Man. R.*, 1989
- ELLSWORTH, Phoebe C., *Legal Reasoning and Scientific Reasoning*, in *Ala. L.R.*, 2012
- EMERY, Yves - DE SANTIS, Lorenzo G., *What Kind Of Justice Today? Expectations Of 'Good Justice', Convergences And Divergences Between Managerial And Judicial Actors And How They Fit Within Management-Oriented Values*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2014
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice*, in *AJDA*, 2014
- ERICSSON, K. Anders - SIMON, Herbert A., *Verbal Reports as Data*, in *Psych. R.*, 1980
- ERICSSON, K. Anders - KRAMPE, Ralf Th. - TESCH-RÖMER, Clemens, *The role of deliberate practice in the acquisition of expert performance*, in *Psych. R.*, 1993
- ESPOSITO, Marco, *Previdenza e assistenza nel processo del lavoro: un paradigmatico declino della tutela dei diritti sociali*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Torino, 2015
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Territorial Jurisdiction*, Strasburgo, 5 dicembre 2003, su <https://rm.coe.int>
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *European judicial systems. Edition 2008 (data 2006): Efficiency and quality of justice*, 2008, su <https://rm.coe.int>
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), *Structural measures adopted by some Council of Europe member states to improve the functioning of civil and administrative justice. In addition to the effective domestic remedies required by Article 13 of the ECHR. Good practice guide*, Strasbourg, 7 dicembre 2016, su <https://rm.coe.int>
- EUROPEAN EXPERTISE AND EXPERT INSTITUTE (EEEI), "EUREXPERTISE" PROJECT. *The future of civil legal expert examination in the European Union. Overview and convergence: 27 countries of the EU and Norway. Final Report*, 2012, su <https://experts-institute.eu>
- FABIANI, Ernesto, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.* 2009
- FABIANI, Massimo, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010
- FABRI, Marco, *Cambiamenti strutturali e innovazione nell'amministrazione giudiziaria. Analisi di un caso*, in *Soc. dir.*, 2004
- FABRI, Marco - LANGBROEK, Philip M., *Is There a Right Judge for Each Case? A Comparative Study of Case Assignment in Six European Countries*, in *Eur. J. Legal Stud.*, 2008
- FANFANI, Guido, *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983
- FARBER, Daniel A. - SHERRY, Suzanna, *Building a Better Judiciary*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, 2010
- FAURE, Michael - VISSCHER, Louis, *The Role of Experts in Assessing Damages – A Law and Economics Account*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 2011
- FAZZALARI, Elio, *La giurisdizione volontaria: profilo sistematico*, Padova, 1953
- FAZZALARI, Elio, *L'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1972
- FELDMAN, Richard, *Epistemological puzzles about disagreement*, in HETHERINGTON, Stephen (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford, 2006
- FERRAIOLI, Marzia, v. *Presunzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986
- FERRAND, Frédérique, *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, in *RIDC*, 2000
- FERRAND, Frédérique, *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*, in TROCKER, Nicolò - VARANO, Vincenzo (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective. An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December 2003*, Torino, 2005, 18 ss.
- FERRAND, Frédérique, *L'évolution récente de l'appel civil en droit français*, in *ZJP Int.*, 2009

- FERRAND, Frédérique, *La spécialisation des juges en Allemagne*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l'IFR*, Toulouse, 2012
- FERRAND, Frédérique, v. *Preuve*, in *Rép. proc. civ.*, 2013 (actu: Mars 2019)
- FERRARI, Francesca, *La recente riforma delle norme processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011
- FERRIE, Scarlett-May, *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, in *JCP* 2018
- FERRU, Paolo, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen proc.*, 2008
- FERRU, Paolo, *Il giusto processo*³, Bologna, 2012
- FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011
- FICCARELLI, Beatrice, *Fase preparatoria del processo e ruolo del giudice civile: principi ed esperienze a confronto*, in SCARSELLI, Giuliano (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010
- FICET, Joël, *Consultance managériale et modernisation de l'État en Belgique. Le cas des réformes de l'organisation judiciaire belge*, in *Pol. man. public*, 2012
- FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Bottlenecks or Inefficiency? An Assessment of First Instance Italian Courts' Performance*, in *Rev. Law & Ec.*, 2015
- FINOCCHIARO CASTRO, Massimo - GUCCIO, Calogero, *Measuring Potential Efficiency Gains from Mergers of Italian First Instance Courts through Nonparametric Model*, in *Public Finance Review*, 2016
- FIORI, Angelo, *Editoriale. Irritualità ed incertezze nella consulenza medico-legale in sede civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014
- FISICHELLA, Domenico, *Crisi della politica e governo dei produttori*, Roma, 2007
- FLAVIUS, Gnaeus, *Jura novit curia*, in *Rec. Dalloz*, 2007
- FLEHNER, Maralynne, *Jury Trials in Complex Litigation*, in *St. John's L.R.*, 2012
- FLORIDIA, Giorgio, *Sulla "despecializzazione" delle Sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2008
- FONG, Geoffrey T. - KRANTZ, David H. - NISBETT, Richard E., *The Effects of Statistical Training on Thinking about Everyday Problems*, in *Cogn. Psych.*, 1986
- FONTANA, Gianpaolo, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*, in *Giur. it.*, 2018
- FORNACIARI, Michele, *Consulenza tecnica, capacità/conoscenze dell'uomo medio e capacità/conoscenze del giudice*, in *Giusto proc. civ.*, 2014
- FORTE, Luca, *Il ruolo della perizia nel processo penale tra neutralità della prova e prova decisiva: una difficile collocazione* in *Giur. it.*, 2018
- FOYER, Jean, *Préface*, in FOYER, Jean – PUIGELIER, Catherine (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Paris, 2006
- FRATI, Paola - LA RUSSA, Raffaele - CAMPOLONGO, Armida A. - VIOLA, Rocco V. - ROMANO, Silvia - VOLONNINO, Gianpietro - FINESCHI, Vittorio, *Le innovazioni procedurali della novella Gelli e le reali prospettive di arginare il fenomeno del contenzioso sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2019
- FRIEDMAN, Barry, *Taking Law Seriously*, in *Persp. Pol.*, 2006
- FRIENDLY, Henry J., *Reactions of a Lawyer--Newly Become Judge*, in *Yale L.J.*, 1961
- FROEB, Luke M. - KOBAYASHI, Bruce H., *Naive, Biased, yet Bayesian: Can Juries Interpret Selectively Produced Evidence?*, in *J. Law, Econ. & Org.*, 1996
- FROEB, Luke M. - KOBAYASHI, Bruce H., *Adversarial versus inquisitorial justice*, in SANCHIRICO, Chris W. (ed.), *Procedural Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics*², Cheltenham, 2012
- FRIEDMAN, Barry, *Taking Law Seriously*, in *Persp. Pol.*, 2006
- FRYDMAN, Benoît *Le management comme alternative à la procédure*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, Paris, 2011, 101.

- FUIANO, Mario P., *Vecchi e nuovi problemi in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *NGCC*, 2015
- FULLER, Lon L., *The Adversary System*, in BERMAN, Harold (ed.), *Talks On American Law*, New York, 1961
- FUMAGALLI, Luigi, voce *Diritto straniero (applicazione e limiti)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011
- GAITSKELL, Robert, *Trends in Construction Dispute Resolution*, December 2005, su www.scl.org.uk
- GALLER, Linda, *Judicial Deference to Revenue Rulings: Reconciling Divergent Standards*, in *Ohio State L.J.*, 1995
- GALLIERE, Philippe, *La justice victime de la chasse aux appels dilatoires*, in *Gaz. Pal.*, 3 déc. 2005
- GAMBA, Cinzia, *La consulenza tecnica nel processo civile tra principio del contraddittorio e regole processuali. Problemi applicativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014
- GAMBA, Cinzia, v. *Contraddittorio, Principio del (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, 2016
- GANDINI, Fabrizio, *Il giudice necessario? Brevi riflessioni sul giudice togato e monocratico quale giudice inevitabile del rito lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017
- GARAPON, Antoine, *Les enjeux de la justice prédictive*, in *JCP*, 2017
- GARE, Thierry - TREMOUREUX, Marie-Françoise, *Le juge spécialisé le juge aux affaires familiales*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l'IFR*, Toulouse, 2012
- GAROUPA, Nuno - JORGENSEN, Natalia - VAZQUEZ, Pablo, *Assessing the Argument for Specialized Courts: Evidence from Family Courts in Spain*, in *Int'l J. Law Pol. Fam.*, 2010
- GATOWSKI, Sophia I. - DOBBIN, Shirley A. - RICHARDSON, James T. - GINSBURG, Gerald P. - MERLINO, Mara L. - DAHIR, Veronica, *Asking the Gatekeepers: A National Survey of Judges on Judging Expert Evidence in a Post-Daubert World*, in *Law & Hum. Beh.*, 2001
- GENTILE, Sebastiano L., *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012
- GENTILE, Sebastiano L., *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, in *Foro it.*, 2013
- GENTILE, Sebastiano L., *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, in *Foro it.*, 2014
- GENTILE, Sebastiano L., *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principi costituzionali e riproposizioni infrannuali*, in *Foro it.*, 2015
- GHESTIN, Jacques - Barbier, Hugo, *Introduction générale*⁵, Issy-les-Moulineaux, 2018
- GHIRGA, Maria F., *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005
- GHIRGA, Maria F., *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- GIANNELLI, Wanda, *Il fine giustifica i mezzi. La CTU «esplorativa» è ammessa se è l'unico strumento per accertare la verità*, in *Dir. giust. online*, 2013
- GIBBONS, John J., *The Quality of the Judges is What Counts in the End*, in *Brook. L.R.*, 1995
- GIBSON, James J., *The concept of the stimulus in psychology*, in *Am. Psych.*, 1960
- GILLESPIE, Alisdair - WEARE, Siobhan, *The English Legal System*, Oxford, 2015
- GINESTET, Catherine, *Le regroupement fondé sur la complexité du contentieux : la matière économique et financière*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l'IFR*, Toulouse, 2012
- GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961
- GIULIANI, Alessandro - PICARDI, Nicola, *Professionalità e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1987
- GIUSSANI, Andrea, voce *Competenza [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line (2015)*, www.treccani.it.
- GOLDMAN, Alvin I., *Experts: Which Ones Should You Trust?*, in *Phil. Phen. Research*, 2001

- GOODWIN, Jean, *Trust in experts as a principal-agent problem*, in REED, Chris - TINDALE, Christopher W. (ed.), *Dialectics, Dialogue and Argumentation: An Examination of Douglas Walton's Theories of Reasoning and Argument*, London, 2010
- GORE, Albert A. Jr., *From Red Tape to Results: Creating a government that works better and costs less*, U.S. Government Printing Office Superintendent of Documents, Washington DC, 1993.
- GOTTWALD, Peter, *Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective*, in ZUCKERMAN, Adrian A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999
- GRADI, Marco, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- GRAMSCI, Antonio, *Quaderno 12: appunti e note sparse per un gruppo di saggi sulla storia degli intellettuali*, §1, in *Quaderni del carcere*, ed. critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, 1975-2014, vol. III, 1532.
- GRASSO, Eduardo, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966
- GRASSO, Eduardo, *L'istituzione del giudice unico di primo grado. Prime osservazioni sulle disposizioni relative al processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1998
- GRAY, Andrew - JENKINS, Bill, *From public administration to public management: reassessing a revolution?*, in *Public Administration*, 1995
- GRAY, John C., *The nature and sources of the law*, New York, 1909
- GRAZIOSI, Chiara, *Il giudice davanti alla consulenza come prova scientifica: peritus peritorum o servus peritorum?*, in *Resp. civ.*, 2005
- GREENE, Edie - DOWNEY, Cheryl - GOODMAN-DELAHUNTY, Jane, *Juror decisions about damages in employment discrimination cases*, in *Beh. Sc. & Law*, 1999
- GRIDEL, Jean-Pierre, *Le juge aux affaires familiales*, in BOLZE, Christian - PEDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, 1996
- GRISWOLD, Erwin N. *Harvard Law School, Dean's Report 1962-1963*
- GROSS, Miron - SHACHAR, Yoram, *How Are Supreme Court Panels Selected? A Quantitative Analysis*, in *Hebrew Un. L.R.*, 1999
- GROSS, Samuel R., *The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*, in *Mich. L.R.*, 1987
- GROUP OF STATES AGAINST CORRUPTION (GRECO) – COUNCIL OF EUROPE, *Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of Parliament, judges and prosecutors. Evaluation Report United Kingdom*, Strasbourg, 15-19 Ottobre 2012, su <https://rm.coe.int>
- GUARNIERI, Guarino - GIOVANARDI, Carlo - LODOVICO, Giuseppe - TREGLIA, Giorgio, *Rassegna della Cassazione*, in *Lav. giur.*, 2014
- GUASTINI, Riccardo, *Sub art. 101*, in GUASTINI, Riccardo - PIZZORUSSO, Alessandro, *La Magistratura*, Tomo I, in BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1986
- GUASTINI, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da Antonio CICU, Francesco MESSINEO; continuato da Luigi MENGONI, poi da Piero SCHLESINGER), vol. 51, Milano, 2004
- GUERANDIER, François, *Réflexions sur la justice prédictive*, in *Gaz. Pal.* 3 avr. 2018
- GUERLIN, Gaëtan, *L'audience contradictoire sauve l'expertise non contradictoire...*, in *LEDC*, janv. 2019
- GUERRA, Alice - TAGLIAPIETRA, Claudio, *Giudici con la valigia. Quanto costa il trasferimento dei magistrati alla giustizia italiana*, Ariccia, 2016.
- GUGLIELMINO, Alessandro, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità dell'obbligo di fissazione del calendario del processo*, in *Giur. it.*, 2013
- GUIDI, Benedetta - OCCHIPINTI, Elena, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, in *Danno resp.*, 2019
- GUINCHARD, Serge - DRAGO, Guillaume, *Droit constitutionnel et procédure civile*, in *Rép. proc. Civ.*, 2013

- GUINCHARD, Serge, *Les solutions d'organisation procédurale*, in COULON, Jean-Marie - FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Le temps dans la procédure*, Paris, 1996
- GUO, William J., *Cases as a New Source of Law in China?: Key Features of and Reflections on China's Case Guidance System*, in *China L. Soc. R.*, 2016
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, in *Cornell L.R.*, 2007, 1 ss.; ID., *Inside the Judicial Mind*, in *Cornell L.R.*, 2001
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding*, in *Un. Penn. L.R.*, 2005
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Inside the Bankruptcy Judge's Mind*, in *Boston Un. L.R.*, 2006
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Heuristics and Biases in Bankruptcy Judges*, in *J. Inst. Th. Ec.*, 2007
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *The Hidden Judiciary: An Empirical Examination of Executive Branch Justice*, in *Duke L.J.*, 2009
- GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J. - WISTRICH Andrew J., *Heart versus Head: Do Judges Follow the Law of Follow Their Feelings?*, in *Texas L.R.*, 2015
- GUTHRIE, James - OLSON, Olov - HUMPHREY, Christopher, *Debating Developments in New Public Financial Management: The Limits of Global Theorising and Some New Ways Forward*, in *Financial Accountability & Management*, 1999
- HAACK, Susan, *Evidence Matters. Science, Proof, and truth in the Law*, New York, 2014
- HAMELIN, David, *L'ancrage local de la justice du travail: le conseil des prud'hommes de Poitiers 1968-1979*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008
- HARDWIG, John, *Epistemic Dependence*, in *J. Phil.*, 1985
- HARDWIG, John, *The Role of Trust in Knowledge*, in *J. Phil.*, 1991
- HARNAY, Sophie - MARCIANO, Alain, *Judicial conformity versus dissidence: an economic analysis of judicial precedent*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2004
- HENKE, Albert, *Tramonto del novum iudicium (a proposito de L'appello civile di Alberto Tedoldi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018
- HEPPLE, Bob, *Back to the Future: Employment Law under the Coalition Government*, in *Industrial L.J.*, 2013
- HERDY, Rachel, *The epistemic dependence of judicial decision-makers*, in TAEKEMA, Sanne - VAN KLINK, Bart - DE BEEN, Wouter (ed.), *Facts and Norms in Law. Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Cheltenham, 2016
- HERZOG-EVANS, Martine, *La perception de l'expertise par les JAP : une recherche empirique*, in *AJ Pénal*, 2014
- HILAIRE J., *Perspectives historiques de la juridiction commerciale*, in AA.VV., *Les Tribunaux de commerce. Genèse et enjeux d'une institution*, Paris, 2007
- HOFFSCHIR, Nicolas, *Le juge peut se fonder exclusivement sur deux rapports d'expertise dressés non contradictoirement*, in *Gaz. Pal.*, 29 janv. 2019
- HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra, *Introduction*, in HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra (eds.), *New Public Management in Europe. Adaptation and Alternatives*, New York, Palgrave Macmillan, 2007
- HOOD, Christopher, *A Public Management for All Seasons?*, in *Public Administration*, 1991
- HOOD, Christopher, *The "New Public Management" In The 1980s: Variations On A Theme*, in *Accounting, Organizations and Society*, 1995
- HOUSE OF COMMONS LIBRARY, *The Constitutional Reform Bill [HL]: a Supreme Court for the United Kingdom and judicial appointments*, 2005, su [www. parliament.uk](http://www.parliament.uk)

- HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTIONAL REFORM BILL, *Constitutional Reform Bill [HL]*, 2004, su publications.parliament.uk
- HOWARD, Robert M., *Comparing The Decision Making Of Specialized Courts And General Courts: An Exploration Of Tax Decisions*, in *Justice S.J.*, 2005
- HUGON, Christine, *La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire : un nouveau miroir aux alouettes ?*, in *Rec. Dalloz*, 2006
- IANNIRUBERTO, Giuseppe, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio*, in ESPOSITO, Marco - DELLA PIETRA, Giuseppe, *L'accesso alla sicurezza sociale. Diritti soggettivi e tutele processuali*, Torino, 2015
- ICHINO, Pietro, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Milano 1996
- IPPOLITI, Roberto, *Efficienza giudiziaria e mercato forense*, in *POLIS Working Papers*, 2013
- IPPOLITI, Roberto, *Efficienza tecnica e geografia giudiziaria*, in *POLIS Working Papers*, 2014
- ISO - IAF, *Communiqué. Expected Outcomes for Accredited Certification to ISO 9001*, 2009, 2, consultabile su www.iso.org.
- ISSACHAROFF, Samuel - LOEWENSTEIN, George, *Second Thoughts About Summary Judgment*, in *Yale L.J.*, 1990
- JAEGER, Nicola, voce *Consulenti tecnici (arbitrato dei -)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957
- JAMIN, Christophe, *Douter avec Carbonnier...*, in *Rec. Dalloz*, 2018
- JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria A. - GAROUPA, Nuno, *Stare Decisis And Certiorari Arrive To Brazil: A Comparative Law And Economics Approach*, in *Emory Int. L.R.*, 2012
- JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria A., *Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: A Comparative Approach*, in *Wash. U. Glob. Stud. L.R.*, 2006
- JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987
- JARROSSON, Charles, *Les frontières de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001
- JEAN, Jean-Paul., *La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux*, in CADJET, Loïc, - RICHER, Laurent (dir.), *Réforme de la justice*, cit.,
- JENNINGS, Sharon A., *Court-Annexed Arbitration and Settlement Pressure: A Push Towards Efficient Dispute Resolution or "Second Class" Justice?*, in *J. Dispute Resol.*, 1991
- JESTAZ, Philippe, *Source délicieuse*, in *RTD civ.*, 1993
- JEULAND, Emmanuel, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire*, in *Rev. fran. adm. pub.*, 2008
- JEULAND, Emmanuel - BOILLOT, Christine, *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?*, Paris, 2015
- JIMENO-BULNES, Mar, *Lay participation in Spain: the jury system*, in *International Criminal Justice Review* 2004
- JOLOWICZ, John A., *On Civil Procedure*, Cambridge, 2000
- JOLY-COZ, Gwenola, *La qualité dans la justice, 30 ans de socio-histoire*, in *Gaz. Pal.*, 31 mai 2016, 18 ss.
- JOMMI, Alessandro, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005
- JONES, Craig E., *The Troubling New Science of Legal Persuasion: Heuristics and Biases in Judicial Decision-Making*, in *Adv. Q.*, 2013
- JORDAN, Grant, *'Reinventing Government': But Will It Work?*, in *Public Administration*, 1994
- JUDICIARY OF ENGLAND AND WALES, *The Lord Chief Justice's Report 2017*, su www.judiciary.gov.uk
- JURS, Andrew W., *Science Court: Past Proposals, Current Considerations, and a Suggested Structure*, in *Virginia J. Law & Tech.*, 2010
- KAHNEMAN, Daniel, *Thinking, fast and slow*, New York, 2013
- KALVEN, Harry Jr. - ZEISEL, Hans, *The American Jury*, Boston, 1966

- KANTROWITZ, Arthur, *Proposal for an Institution for Scientific Judgement*, in *Sc.*, 1967
- KANTROWITZ, Arthur, *Controlling Technology Democratically*, in *Am. Sc.*, 1975
- KAPLAN, Benjamin, *An American Lawyer in the Queen's Courts: Impressions of English Civil Procedure*, in *Mich. L.R.*, 1971
- KAPLAN, Marin - MILLER, Lynn, *Reducing the Effects of Juror Bias*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1978
- KAWALEY, Ian, *The Fair Cross-Section Principle: Trial by Special Jury and the Right to Criminal Jury Trial under the Bermuda Constitution*, in *Int'l & Comp. L.Q.* 1989
- KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Clark, 2005
- KITCHER, Philip, *The Advancement of Science. Science Without Legend, Objectivity Without Illusions*, New York-Oxford, 1993
- KLEIN, Peter, *Were the Conglomerates Inefficient? A Reconsideration*, Working Paper, University of Georgia, February 1998
- KORN, Harold L., *Law, Fact, and Science in the Courts*, in *Columbia L.R.*, 1966
- KOROBKIN, Russell - GUTHRIE, Chris, *Psychological Barriers To Litigation Settlement: An Experimental Approach*, in *Mich. L.R.*, 1994
- KOVERA, Margaret B. - MCAULIFF, Bradley D., *The Effects of Peer Review and Evidence Quality on Judge Evaluations of Psychological Science: Are Judges Effective Gatekeepers?*, in *J. App. Psych.*, 2000
- KOVERA, Margaret - RUSSANO, Melissa B. - MCAULIFF, Bradley D., *Assessment of The Commonsense Psychology Underlying Daubert. Legal Decision Makers' Abilities to Evaluate Expert Evidence in Hostile Work Environment Cases*, in *Psych., Pub. Pol., Law*, 2002
- KROEZE, Maarten J., *The Companies and Business Courts as a Specialized Court*, in *AA.VV., The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges*, Amsterdam, 2006, 143 ss., consultato nella versione disponibile su <https://ssrn.com/abstract=976277>
- KROLL, Glenn, *Are Tax Court Judges Partial to the Government?*, in *Oil Gas Tax Q.*, 1996
- KRYNEN, Jacques - RAIBAUT, Jacques, *La Légitimité des Juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, 2004.
- KUHN, Deanna - LAO, Joseph, *Effects of Evidence on Attitudes: Is Polarization the Norm?*, in *Psych. Sc.*, 1996
- KUTNJAK IVKOVIC, Sanja, *Exploring Lay Participation in Legal Decision-Making: Lessons from Mixed Tribunals*, in *Cornell Int'l L.J.*, 2007
- LABETOULLE, Daniel, *Une histoire de troika*, in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, 2002
- LABRUSSE-RIOU, Catherine, *Management et statuts d'indépendance : d'un service public – la Justice – à d'autres – les hôpitaux et l'université*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, 2011
- LACABARATS, Alain, *Le moyen sérieux*, gennaio 2010, disponibile su www.courdecassation.fr
- LACROIX-ANDRIVET, Jean-Paul - GUINCHARD, Serge, *Référé probatoire*, in *Dalloz action. Droit et pratique de la procédure civile*, 2017-2018
- LAMON, Bernard, *La profession d'avocat et la justice prédictive : un bel outil pour le développement du droit*, in *Rec. Dalloz* 2017
- LANDES, William M. - POSNER, Richard A., *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, in *J. Law & Econ.*, 1976
- LANDSMAN, Stephan J. D. - RAKOS, Richard F., *A Preliminary Inquiry into the Effect of Potentially Biasing Information on Judges and Jurors in Civil Litigation*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 1994
- LANDSMAN, Stephan J. D., *The Civil Jury in America*, in *Law and Contemporary Problems*, 1999
- LANGBEIN, John H., *The German Advantage in Civil Procedure*, in *Un. Chi. L.R.*, 1985
- LANGBEIN, John H., *Trashing the German Advantage*, in *North. Un. L.R.*, 1987-1988

- LANGBEIN, John H., *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, in *Yale L.J.*, 2012
- LANGBROEK, Philip M., *Organization Development of the Dutch Judiciary, between Accountability and Judicial Independence*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2010, 4.
- LANGBROEK, Philip M. - DIJKSTRA, Rachel I. - BOZORG ZADEH, Kyana - TÜRK, Zübeyir, *Performance management of courts and judges: organizational and professional learning versus political accountabilities*, in CONTINI, Francesco (a cura di), *Handle with Care: Assessing and designing methods for evaluation and development of the quality of justice*, IRSIG-CNR Bologna, 2017
- LANGBROEK, Philip M. - DIJKSTRA, Rachel I. - BOZORG ZADEH, Kyana - TÜRK, Zübeyir, *The evaluation and development of the quality of justice in The Netherlands*, in Contini, Francesco (a cura di), *Handle with Care: Assessing and designing methods for evaluation and development of the quality of justice*, IRSIG-CNR Bologna, 2017
- LARO, David, *The Evolution of the Tax Court as an Independent Tribunal*, in *Un. Ill. L.R.*, 1995
- LASSERRE, Marie-Cécile *La nouvelle Procédure civile après les réformes. Panorama des nouvelles règles applicables en 2018*, Issy-les-Moulineaux, 2018.
- LATHAM, Michael, *Constructing the Team: Joint Review of Procurement and Contractual Arrangements in the United Kingdom Construction Industry: Final Report*, London, 1994.
- LATOUR, Stephen, *Procedure : Transational Perspectives and Preferences*, in *Yale L.J.*, 1976
- LATOUR, Stephen, *Determinants of Participant and Observer Satisfaction with Adversary and Inquisitorial Modes of Adjudication*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1978
- LAZEGA, Emmanuel - MOUNIER, Lise, *Quête de statut social, partage des compétences et néo-corporatisme chez les juges du Tribunal de Commerce de Paris*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *La justice au risque des profanes*, Amiens, 2007
- LE BARS, Thierry, *Juge unique/Collegialité*, in CADDIET, Loïc (a cura di), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, 2004
- LE BOT, Olivier, *La réforme de la carte judiciaire conforme à la Constitution*, in *Constitutions*, 2010
- LE MASSON, Jean-Marc, *La recherche de la véroté dans le procès civil*, in *Dr. soc.*, 1998
- LECHMAN, Constance, *The Development of a Caseload Weighting Tool*, in *Adm. Social Work*, 2006, 25 ss.
- LECLERC, Olivier, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, 2005
- LEDERMAN, Leandra, *Which Cases Go to Trial: An Empirical Study of Predictors of Failure to Settle?*, in *Case West. Res. L.R.*, 1999
- LEGOMSKY, Stephen H., *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization*, Oxford, 1990
- LEHMAN, Darrin R. - LEMPERT, Richard R. - NISBETT, Richard E., *The Effects of Graduate Training on Reasoning. Formal Discipline and Thinking About Everyday-Life Events*, in *Am. Psych.*, 1988
- LEMERCIER, Claire, *Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution d'frontières judiciaires*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *La justice au risque des profanes*, Amiens, 2007
- LEMERCIER, Claire, *Comment peut-on être prud'homme ? Les facettes du mandat à Paris avant 1870*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecomben-Bauge, 2008
- LEMERCIER, Claire, *Un modèle français de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880*, Dossier pour l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2012, disponible su TEL (thèses-en-ligne): <https://tel.archives-ouvertes.fr>.
- LEMPERT, Richard O., *Civil Juries and Complex Cases: Let's Not Rush to Judgement*, in *Mich. L.R.*, 1981
- LEMPERT, Richard O., *Civil Juries in Complex Cases: Taking Stock after Twelve Years*, in LITAN, Robert E., (ed.), *Verdict: Assessing the Civil Jury System*, Washington, 1993
- LIBCHABER, Rémy, *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel (Avis C. cass. 22 nov. 2002 ; Avis CE 6 déc. 2002)*, in *RTD Civ.* 2003

- LIEBMAN, Enrico T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960
- LIENHARD, Andreas - KETTIGER, Daniel, *Research on the caseload management of courts: methodological questions*, in *Utrecht L.R.*, 2011
- LIND, E. Allen - THIBAUT, John - WALKER, Laurens, *A Cross-Cultural Comparison of the Effect of Adversary and Inquisitorial Processes on Bias in Legal Decisionmaking*, in *Virginia L.R.*, 1976
- LISELLA, Giuseppe, *Note sull'appello nel procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017
- LLOYD-BOSTOCK, Sally - THOMAS, Cheryl, *The Continuing Decline of the English Jury*, in VIDMAR, Neil, *World Jury Systems*, Oxford 2000
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975 (rist.)
- LOMBARDI, Rita, *“Autorità garanti” e funzione giurisdizionale*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto processuale civile – VIII ciclo, Napoli, 1997
- LOMBARDO, Luigi, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007
- LOQUIN, Eric, *Arbitrage*, in *Juri-Classeur Pr. civ.*, fasc. 1005
- LOQUIN, Eric, *Normalisation agricole et arbitrage de qualité, la gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, in *Aa.Vv.*, *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Paris, 1983
- LORD, Charles G. - ROSS, Lee - LEPPER, Mark R., *Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1979
- LUHMANN, Niklas, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978
- LUISO, Francesco P., *I “juizados especiais” brasiliani*, in CAFORIO, Giuseppe - LUISO, Francesco P. (a cura di), *Il giudice di pace italiano nella realtà internazionale*, Padova, 1997
- LUISO, Francesco P., *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?*, in *Giust. civ.*, 2002
- LUISO, Francesco P., *Sulla riforma del giudizio di cassazione – Il vincolo delle Sezioni semplici al precedente delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003
- LUISO, Francesco P., *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Società*, 2013
- LUISO Francesco P., *La negoziazione assistita*, in *NLCC*, 2015
- LUNEBURG, William V. - NORDENBERG, Mark A., *Specially Qualified Juries and Expert Nonjury Tribunals: Alternatives for Coping with the Complexities of Modern Civil Litigation*, in *Virginia L.R.*, 1981
- LUPOI, Michele A., *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016
- MACHURA, Stefan, *Civil Justice: Lay Judges in the EU Countries*, in *Oñati*, 2016
- MAFFEI, Sara, *L'appello nel diritto francese e belga*, in CECHELLA, Claudio (diretto da), *Il nuovo appello civile*, Bologna 2017, 345-346;
- MAGGIORE, Giuseppe, *Il nostro Referendum sulla nuova Corte d'Assise*, in *Il pensiero giuridico penale*, 1938
- MAK, Elaine, *Case Selection in the Supreme Court of the Netherlands - Inspired by Common Law Supreme Courts?*, in *Eur. J. Current Legal Issues*, 2015, disponibile su <http://webjcli.org>
- MALTZMAN, Forrest - WAHLBECK, Paul J., *May It Please the Chief? Opinion Assignments in the Rehnquist Court*, in *Am. J. Pol. Sc.*, 1996
- MAMBRIANI, Angelo, *Appunti in tema di consulenza tecnica nel processo civile. Il ruolo del consulente tecnico d'ufficio*, in *Riv. dott. comm.*, 2013
- MAMMONE, Giovanni, *Domanda di giustizia e risorse umane*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, Roma, 2005
- MANCALEONI, Anna M., *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'Adr dei consumatori*, in *Foro it.*, 2017

- MANCINI, Chiara, *Processo di via Poma: l'applicazione dei criteri Daubert rende la motivazione esente da vizi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015
- MANN, Frederick A., *Fusion of the Legal Professions*, in *Law Q.R.*, 1977
- MARCHESI, Daniela, *Litiganti, avvocati e magistrati: diritto ed economia del processo civile*, Bologna, 2003
- MARSELLI, Riccardo - VANNINI, Marco E.C., *L'efficienza tecnica dei distretti di corte d'appello italiani: aspetti metodologici, benchmarking e arretrato smaltibile*, in *CRENOS Working Papers*, 2004
- MARSHALL, Didier, *L'impact de la loi organique relative aux lois de finances (lof) sur les juridictions*, in *Revue française d'administration publique*, 2008
- MARSHALL, Didier, *Les tribunaux à l'heure de la performance*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, 2011
- MARTIN, Raymond, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, in *Rec. Dalloz* 1990
- MARTIN, Raymond, *Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ?*, in *Rec. Dalloz*, 1994
- MARTIN, Raymond, *Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée*, in *Rec. Dalloz*, 2005
- MARTINO, Roberto, *Poteri equitativi del giudice e giudizio di impugnazione*, in ID. (a cura di.), *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano, 2008
- MARTINO, Roberto, *Conversione del rito ordinario in sommario e processo semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015
- MASOOD, Ali, *The Impact of Supreme Court Precedent in a Judicial Hierarchy*, in *University of South Carolina Scholar Commons (Doctoral dissertation)*, 2016, disponibile su <http://scholarcommons.sc.edu/etd>
- MASTANTUONO, Angela, *L'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Corr. giur.*, 2018
- MASTOR, Wanda, *Les juges anglo-saxons, spécialistes... du général*, in GINESTET, Catherine (dir.), *La spécialisation des juges. Actes de colloques de l'IFR*, Toulouse, 2012
- MAULE, James E., *Instant Replay, Weak Teams, and Disputed Calls: An Empirical Study of Alleged Tax Court Judge Bias*, in *Tenn. L.R.*, 1999
- MAZUR, Allan, *Disputes Between Experts*, in *Min.*, 1973
- MAZUR, Allan, *The Science Court: Reminiscence and Retrospective*, in *RISK*, 1993
- MAZZARELLA, Ferdinando, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968
- MCKEE, Jean-Yve, *Le recrutement et l'avancement des juges français*, 6 mars 2007, su www.courdecassation.fr
- MCMYLER, Benjamin, *Testimony, Trust, and Authority*, New York, 2011
- MEADOR, Daniel J., *An Appellate Court Dilemma and a Solution through Subject Matter Organization*, in *Mich. J. Law Ref.*, 1983
- MELLERAY, Fabrice, *La justice administrative doit-elle craindre la « justice prédictive » ?*, in *AJDA* 2017
- MENECEUR, Yannick, *Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice*, in *JCP* 2018
- MERRYMAN, John H., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973
- MERRYMAN, John H., *The French Deviation*, in *Am. J. Comp. Law*, 1996
- MICELI, Thomas J. - COSGEL, Metin M., *Reputation and judicial decision-making*, in *J. Econ. Beh. & Org.*, 1994
- MICHEL, Hélène, *L'expérience professionnelle des conseillers prud'hommes. Usages et enjeux d'une compétence « de terrain »*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008

- MICHELI, Gian A., *Efficacia, validità, revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947
- MICHELI, Gian A., *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947
- MICHELI, Gian A., *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947
- MICHELI, Gian A., *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1957
- MICHELI, Gian A., *Problemi attuali del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1968
- MIDIRI, Mario, *Sub art. 51*, in BIFULCO, Raffaele - CELOTTO, Alfonso - OLIVETTI, Marco (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006
- MILGROM, Paul - ROBERTS, John, *Relying on the Information of Interested Parties*, in *RAND J. of Econ.*, 1986
- MILLER, Arthur G. - MCHOSKEY, John W. - BANE, Cynthia M. - DOWD, Timothy G., *The attitude polarization phenomena: Role of response measure, attitude extremity, and behavioral consequences of reported attitude change*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1993
- MILLER, Banks - Curry, BRETT, *Expertise, Experience, and Ideology on Specialized Courts: The Case of the Court of Appeals for the Federal Circuit*, in *Law & Society R.*, 2009
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Juridictions interrégionales spécialisées (JIRS)*. Interview de Pascal Guichard, vice-président chargé de l'instruction à la JIRS de Marseille, 13 décembre 2007, su <http://www.justice.gouv.fr>
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice. Les axes de la réforme*, marzo 2018.
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice : les axes de la réforme dévoilés*, 9 marzo 2018, tratto da www.justice.gouv.fr
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice 2018*, disponibile su www.justice.gouv.fr, 11.
- MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Rapport annexe*, su <https://www.legifrance.gouv.fr>
- MITNIK, Barry M., voce «Agency theory», in COOPER, Cay L. (ed.), *Wiley Encyclopedia of Management*, 2014, su <https://onlinelibrary.wiley.com>
- MNOOKIN, Robert H., *Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*, in *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, 1993
- MOCCI, Mauro, *La scelta del consulente tecnico d'ufficio*, in *Giusto proc. civ.*, 2012
- MOLFESSIS, Nicolas, *Les avis spontanés de la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2007
- MONTELEONE, Girolamo, *Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003
- MONTESANO, Luigi, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978
- MONTESANO, Luigi, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutela differenziata» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979
- MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.* 2000
- MORABITO, Patrizia, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*, in *Foro it.*, 2014
- MORANI, Mattia, *Molte buone ragioni per non citare più il rapporto «Doing Business» in tema di giustizia civile*, in *Foro it.*, 2017
- MOREAU, Agathe, *L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant*, in *Rec. Dalloz*, 2006
- MOREAU, Bertrand - BEREGOI, Andrian - DESCOURS-KARMITZ, Romy - MALLET, Paul E. - LELEU, Adrien, *Arbitrage en droit interne*, in *Rép. proc. civ.*, n° 9.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, Anne-Marijke, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n. 91-491 du 15 mai 1991 Décret n. 92-228 du 12 mars 1992)*, in *JCP*, 8 Avril 1992

- MORRIS, Richard B., *Legalism versus Revolutionary Doctrine in New England*, in *New Engl. Q.*, 1931
- MOSCARINI Paolo, *Lo statuto della "prova scientifica" nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015
- MOSCHELLA, Giovanni, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano 2009
- MUIR WATT, Horatia - CREACH, Marion, *Expertise*, in *Rép. dr. int.*, 2016
- MULLEN, Brian - SALAS, Eduardo - DRISKELL, James E., *Saliency, motivation, and artefact as contributions to the relation between participation rate and leadership*, in *J. Exp. Soc. Psych.*, 1989
- MURONI, Raffaella, *La duplice funzione della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. ai fini della definizione del relativo ambito di applicazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010
- MURRAY, Peter L. - STÜRNER, Rolf, *German Civil Justice*, Durham, 2004
- MURRAY, Peter L. *The Privatization of Civil Justice*, in *Judicature*, 2008
- NAPOLITANO, Giulio, *The transformations of comparative administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017
- NARDO, Giulio N. *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in www.judicium.it
- NASH, Jonathan R., *Expertise and Opinion Assignment on the Courts of Appeals: A Preliminary Investigation*, in *Fl. L.R.*, 2015
- NATIONAL PERFORMANCE MANAGEMENT ADVISORY COMMISSION, *A Performance Management Framework for State and Local Government: From Measurement and Reporting to Management and Improving*, Chicago, 2010.
- NELKIN, Dorothy, *Thoughts on the Proposed Science Court*, in *Sc. Tech. Hum. Val.*, 1977
- NIBLETT, Anthony - YOON, Albert H., *Judicial disharmony: A study of dissent*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2015
- NIÉVA FENOLL, Jordi, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018
- NITSCH, Carlo, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Milano, 2012
- NORMAND, Jacques, *Les limites du référé probatoire (art. 145, nouveau c. pr. civ.)*, in *RTD civ.*, 1990
- NORMAND, Jacques, *Le juge unique et l'urgence*, in BOLZE, Christian - PEDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Paris, 1996
- NOURISSAT, Cyril, *Les juges lyonnais sont-ils bêtes? (À propos des décrets du 9 octobre 2009 relatif à la compétence en matière de propriété intellectuelle et du 11 novembre 2009 relatif à la compétence en matière de pratiques restrictives de concurrence)*, in *Procédures*, 2010
- OBERTO, Giacomo, *Il Consiglio d'Europa e i temi della giustizia*, in CIRIELLO, Antonella (a cura di), *Organizzando la giustizia: Atti del convegno di Capri dell'ottobre 2016*, Vicalvi, 2017
- OECD; *Public Management Developments: Survey 1994*, 1994
- OECD, *Performance Management in Government: Performance Measurement and Results-Oriented Management*, 1994
- OECD, *Governance in Transition: Public Management Reforms in OECD Countries*, 1995
- OECD, *Responsive Government: Service Quality Initiatives*, 1996
- OECD, *In Search of Results: Performance Management Practices*, 1997
- OLDFATHER, Chad M., *Judging, Expertise and the Rule of Law*, in *Washington Un. L.R.*, 2012
- OLDHAM, James C., *The Origins of the Special Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1983
- OLDHAM, James C., *Trial by Jury. The Seventh Amendment and Anglo-American Special Juries*, New York, 2006
- OMAGGIO, Vincenzo - CARLIZZI, Gaetano, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010
- OPPEL, Richard A. Jr., *Sentencing Shift Gives New Leverage to Prosecutors*, in *N.Y. Times*, Sept. 25, 2011
- ORAZIO, *Epistolae*, II, I, 116.

- ORGANISMO INDIPENDENTE DI VALUTAZIONE DELLA PERFORMANCE, *Sistema di misurazione e valutazione della performance (10 gennaio 2011)*, tratto da www.giustizia.it.
- OSBORNE, David - GAEBLER, Ted, *Reinventing government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, New York, 1992.
- OSBORNE, Stephen P., *The New Public Governance?*, in *Public Management Review*, 2006
- OYTANA, Yves, *Analyse économique de l'expertise judiciaire*, Thèse de doctorat, Besançon, 2013.
- PACILLI, Matteo, *L'abuso dell'appello*, Bologna, 2015
- PADOA SCHIOPPA, Antonio, *La giuria all'Assemblea Costituente francese*, in PADOA SCHIOPPA, Antonio (a cura di), *The Trial jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlino, 1987
- PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, Roma, 2005
- PAGNI, Ilaria, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013
- PAJNO, Alessandro, *Crisi dell'Amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017
- PALA, Tomaso, *L'arbitrato dei consulenti tecnici*, Milano, 1967
- PANZAROLA, Andrea, *Il principio di proporzionalità tra utilitarismo anglosassone e codici processuali attuali*, *Riv. dir. proc.*, 2016
- PARISI, Claudio, *L'extension du système de juge unique en Europe*, in *Revue int. dr. comp.*, 2007
- PASSANANTE, Luca, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000
- PASSANANTE, Luca, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015
- PAULIAT, Hélène, *Le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative*, in *RFAP*, 2008
- PEER, Eyal - GAMLIEL, Eyal *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, in *Ct. Rev.*, 2013
- PEGORARO, Lucio, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto")*, in *Ist. fed.*, 2010
- PELLETIER, Caroline, *Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation*, in AA.VV., *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, 2006
- PERDRIAU, André, *Les avis entre chambres de la Cour de cassation*, JCP 1999
- PERROT, Roger, *Le juge unique en droit français*, in *RIDC*, 1977
- PERROT, Roger, *Les effets de l'appel en droit français*, in VAN COMPERNOLLE, Jacques - SALETTI, Achille, *Le double degré de juridiction*, Bruxelles, 2010
- PERROT, Roger, *Expertise judiciaire : sanction des irrégularités affectant les opérations d'expertise* in *RTD civ.*, 2012
- PERROT, Roger, *Expertise : la place de la contradiction ?*, in *RTD civ.*, 2012
- PERRAUD, Thomas, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Thèse de doctorat, Paris, 2011
- PICARDI, Nicola, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007
- PICARDI, Nicola, *L'ordinanza "opinata" nel rito camerale in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2008
- PICOZZA, Elisa, *Brevi osservazioni sulle novità in tema di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2006
- PICOZZA, Elisa, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009
- PINTO, Federica, *La Cassazione torna a pronunciarsi sui rapporti tra sezioni specializzate per le imprese e sezioni ordinarie del tribunale*, in *Foro it.*, 2017

- PIRONI, Valeria, *Prove scientifiche e processo civile: alcune riflessioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2013
- PISANI, Mario, *La Corte d'assise e il giudizio d'appello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010
- PISANI, Mario, *La Corte d'assise degli anni '30*, in *Riv. dir. proc.* 2011
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Sub art. 102*, in GUASTINI, Riccardo - PIZZORUSSO, Alessandro, *La Magistratura*, Tomo I, in BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1986
- PLINIO IL VECCHIO, *Naturalis historia*, XXXV, 85.
- PLOSCOWE, Morris, *Jury Trial in France*, in *Minn. L.R.*, 1945
- POLI, Giorgio G., *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009
- POLLITT, Christopher, *Convergence or Divergence: What has been Happening in Europe?*, in HOMBURG, Vincent - POLLITT, Christopher - VAN THIEL, Sandra (eds.), *New Public Management in Europe. Adaptation and Alternatives*, New York, Palgrave Macmillan, 2007
- POLLOCK, Frederick - MAITLAND, Frederic W., *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. II, 1895
- PONZANELLI, Giulio, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994.
- POPPER, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*, London-New York, 2005
- PORRECA, Paolo, *La cosiddetta motivazione a richiesta nei giudizi civili*, in *Corr. giur.*, 2011
- POSNER, Richard A., *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *J. Legal St.*, 1973
- POSNER, Richard A., *Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984: An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function*, in *S. Cal. L.R.*, 1983
- POSNER, Richard A., *Economic Analysis Of Law*³, Boston, 1986
- POSNER, Richard A., *The problems of jurisprudence*, Cambridge, 1990
- POSNER, Richard A., *What Do Judges Maximize ? (The Same Thing Everybody Else Do)*, in *Supreme Ct. Econ. Rev.*, 1994
- POSNER, Richard A., *The Federal Courts: Challenge and Reform. Revised Edition*, Cambridge, 1999
- POSNER, Richard A., *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, in *J. Ec. Persp.*, 1999
- POSNER, Richard A., *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, in *Boston Un. L.R.*, 2006
- POTETTI, Domenico, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio*, in *Giur. mer.*, 2010
- PRIEST, George L. - KLEIN, Benjamin, *The Selection of Disputes for Litigation*, in *J. Legal St.*, 1984
- PROCACCINO, Angela, *La selezione dei consulenti tecnici e la solidità dell'expertise, tra coordinate della soft law e suggestioni comparatistiche*, in CURTOTTI, Donatella - SARAVO, Luigi, *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, Torino, 2019
- PROTO PISANI, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973
- PROTO PISANI, Andrea, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979
- PROTO PISANI, Andrea, *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *Foro it.*, 2001
- PROTO PISANI, Andrea, *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006
- PROTO PISANI, Andrea, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009
- PROTO PISANI, Andrea, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in *Foro it.*, 2009
- PROTO PISANI, Andrea, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, 2012
- PROTO PISANI, Andrea, *Crisi della giustizia civile: intervenire è possibile ma servono capacità tecniche e buon senso*, in *Foro it.*, 2013
- PROTO PISANI, Andrea, *Il ricorso per cassazione in Italia*, in *Foro it.*, 2015

- PROTO PISANI, Andrea, *Tre note sui «precedenti» nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2017
- PROTO PISANI, Andrea, *Ancora a proposito di Cassazione civile e nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018
- PROVINE, Doris M., *Judging Credentials. Nonlawyer Judges and the Politics of Professionalism*, Chicago, 1986
- PUNZI, Carmine, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano, 1963
- PUNZI, Carmine, *Jura novit curia*, Milano, 1965
- RABOURDIN, Pierre - MUIR WATT, Horatia, *Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère*, in *Rep. dr. int.*, 2017 (actu. 2019)
- RADIN, Max, *The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think*, in *ABA J.*, 1925
- RAGNI, Marika, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019
- RAI, Arti K., *Specialized Trial Courts: Concentrating Expertise on Fact*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2002
- RAITI, Giovanni, *La media-conciliazione dopo il decreto “del fare” (art. 84 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98)*, in *NLCC*, 2014
- RALWS, John., *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971
- RANA, Giuseppe, *Ufficio per il processo, tirocini formativi e organizzazione del lavoro del giudice civile, relazione al Convegno Quale magistratura oggi? Il ruolo del magistrato tra profili organizzativi e responsabilità?*, Monopoli, 11-12 settembre 2015, disponibile su unicost.eu
- RASIA, Carlo, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016
- RASSAT, Michèle-Laure, *La justice en France*, Paris, 2007
- RAYNOUARD, Anne-Julie - KERHUEL, Arnaud, *L'évaluation des systèmes juridiques au coeur de la tourmente*, in *Rec. Dalloz*, 2010
- REALI, Giovanna, *La nuova translatio dinanzi agli arbitri tra degiurisdizionalizzazione e definizione dell'arretrato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2016
- REGHINI, Arturo, *I numeri sacri nella tradizione pitagorica massonica*, Roma, 2007
- REITZ, John C., *Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, in *Iowa L.R.*, 1990
- RENAUDIE, Olivier, *Les communiqués de presse du Conseil d'Etat : outil pédagogique ou support de communication ?*, in RAIMBAULT, Philippe - HECQUARD-THERON, Maryvonne (dir.), *La pédagogie au service du droit. Actes du colloque des 28 & 29 Janvier 2010*, Toulouse, 2011
- RENOUX, Thierry S., *Le Conseil Constitutionnel et la collégialité*, in BOLZE, Christian - PEDROT, Philippe (dir.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, 1996
- RENZETTI, Silvia, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2015
- REVESZ, Richard L., *Specialized Courts and the Administrative Lawmaking System*, in *Un. Penn. L.R.*, 1990
- RICCI, Edoardo F., *Garanzie costituzionali del processo civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1968
- RIFKIND, Simon, *A Special Court for Patent Litigation - The Danger of a Specialized Judiciary*, in *ABA J.*, 1951
- RIPS, Lance J. - SMITH, Edward E. - MEDIN, Douglas L., *Concepts and Categories: Memory, Meaning and Metaphysics*, in HOLYOAK, Keith J. - MORRISON, Robert G. (ed.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, New York, 2012
- ROJAS ELGUETA, Giacomo, *Razionalità limitata ed efficienza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2018
- ROLIN, Frédéric, *La mesure du droit : quels enjeux au-delà du rapport Doing Business ?*, in *AJDA*, 2007
- ROMANO, Alberto A., *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. giur.*, 2006

- ROMANO, Alberto A., *Questioni sparse in tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009
- ROMANO, Cesare P.R., *The Role of Experts in International Adjudication*, in SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Le droit international face aux enjeux environnementaux: colloques de Aix-en-Provence*, Paris, 2010
- ROMBOLI, Roberto, *Composizione del giudice e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1976
- RORDORF, Renato, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000
- ROUVIERE, Frédéric, *La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal*, in *RTD civ.* 2017
- ROUVIERE, Frédéric, *Le raisonnement par algorithmes : le fantasme du juge-robot*, in *RTD civ.* 2018
- RUSSO, Marco, *Note sull'obbligo del giudice di motivare le ragioni che lo hanno indotto ad aderire alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio*, in *NGCC*, 2011
- SAGE, Caroline - WRIGHT, Ted - MORRIS, Carolyn, *Case Management Reform: A Study of the Federal Court's Individual Docket System*, Sydney, 2002
- SAINATI, Gilles, *Vers une justice managériale ?*, in PELLETIER, Willy - BONELLI, Laurent (dir.), *L'État démantelé*, Paris, 2010, 129.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *La légitimité des juridictions consulaires*, in KRYNEN, Jacques - RAIBAUT, Jacques (dir.), *La Légitimité des Juges*, cit., 178
- SALOMONE, Elisa, *Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002
- SALTZER, Jerome H. - KAASHOEK, Frans, *Principles of Computer System Design: An Introduction*, Burlington, 2009
- SALVANESCHI, Laura, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004
- SALVIOLI, Giuseppe, *Storia della procedura civile e criminale*, in DEL GIUDICE, Pasquale (dir.), *Storia del diritto italiano*, Vol. III – Parte II, Firenze, 1969
- SANSONE, Guillaume, *Expertise et respect du principe de la contradiction : triomphe du pragmatisme*, in *LEDIU*, janv. 2019
- SANTAGADA, Filomena, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in *Riv. dir. proc.*, 2012
- SASSANI, Bruno, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019
- SASSANI, Bruno, *Processo e domanda di giustizia civile*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, Roma, 2005
- SASSANI, Bruno, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019
- SAUDEAU, Robert, *Variétés : Le juge unique en matière commerciale. Introduction : Le déclin de la collégialité, ses causes et ses conséquences*, in *Rev. jur. de l'Ouest*, 1994
- SCALAMOGNA, Margherita, *L'art. 445-Bis supera il vaglio di legittimità costituzionale: un monito mancato*. in *Riv. it. dir. lav.*, 2015
- SCANNICCHIO, Nicola, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?*, in *Foro it.*, 2017
- SCARPA, Antonio, *La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?*, in *Giust. ins.*, 2009
- SCARSELLI, Giuliano, *Unità e riparto della giurisdizione nel controllo sui provvedimenti delle autorità garanti*, in *Foro it.*, 2002
- SCARSELLI, Giuliano, *Autorità amministrative indipendenti: appunti per una possibile riforma*, in *Foro it.*, 2003
- SCARSELLI, Giuliano, *La Corte di cassazione di Firenze (1838-1923)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012
- SCARSELLI, Giuliano, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, Giuffrè, 2000

- SCHALCHLI, Ulrich, *Contrepoint : La justice à l'épreuve du productivisme. La mécanique judiciaire*, in MIGNARD, Jean-Pierre - VOGELWEITH, Alain (a cura di), *Justice pour tous*, Paris, 2001
- SCHAUER, Frederick, *Is There a Psychology of Judging?*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, 2010
- SCHAUER, Frederick - SPELLMAN Barbara A., *Analogy, Expertise, and Experience*, in *Un. Chi. L.R.*, 2017
- SCHAUER, Frederick, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, in *Un. Penn. L.R.*, 2006
- SCHMIDHAUSER, John R., *Judicial Behavior and the Sectional Crisis of 1837-1860*, in *J. Pol.*, 1961
- SCHMIDT, Dominique, *Rapport introductif*, in CONSEIL DE L'EUROPE, *La justice commerciale. Actes de la Reunion multilaterale organisée par le Conseil de l'Europe en collaboration avec la Fondation du Japon, l'Union européenne des magistrats statuant en matière commerciale et le Centre régional de formation professionnelle des avocats d'Alsace*, Strasbourg, 1996
- SCHMITZ, Amy J., *Nonconsensual + Nonbinding = Nonsensical? Reconsidering Court-Connected Arbitration Programs*, in *Cardozo J. Conflict Resol.*, 2009
- SCHNAPPER, Bernard, *Le jury français aux XIX et XXème siècles*, in PADOA SCHIOPPA, Antonio (a cura di), *The Trial jury in England, France, Germany, 1700-1900*, Berlino, 1987
- SCIENCES PO STRASBOURG CONSULTING - INSTITUTE OF POLITICAL STUDIES, *Etude comparée des réformes des cartes judiciaires en Europe*, 2012, disponible su <https://rm.coe.int>
- SCUFFI, Massimo, *Consulenza tecnica preventiva ed istituti deflattivi del contenzioso industrialistico*, in *Dir. ind.*, 2010
- SDER, *La chambre des requêtes (création, évolution, suppression)*, novembre 2016, disponible su www.courdecassation.fr.
- SDER, BDP, *Les modifications de rédaction et de motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, décembre 2016, su www.courdecassation.fr
- SDER, *Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation*, aprile 2017, disponible su www.courdecassation.fr
- SERVERIN, Evelyne, voce «*Statistique(s) judiciaire(s)*», in CADIET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004
- SERVERIN, Evelyne, *Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice*, in FRYDMAN, Benoît - JEULAND, Emmanuel (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Dalloz, Paris, 2011
- SERVERIN, Evelyne, *La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion*, in FLISE, Laurence - JEULAND, Emmanuel, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, Paris, 2015
- SESTINI, Danilo, *Consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Danno e resp.*, 2014
- SEVERINI, Giuseppe, *Unità della giurisdizione, giudici speciali e specializzati*, in DE NUNZIO, Wladimiro (a cura di), *La specializzazione nella giurisdizione*, Perugia, 2001
- SHANTEAU, James, *Psychological Characteristics and Strategies of Expert Decision Makers*, in *Acta Psych.*, 1988
- SHANTEAU, James, *Competence in Experts: The Role of Task Characteristics*, in *Org. Beh. H. Dec. Pr.*, 1992
- SHANTEAU, James - WEISS, David J. - THOMAS, Rickey P. - POUNDS, Julia, *How Can You Tell If Someone Is an Expert? Performance-Based Assessment of Expertise*, in SCHNEIDER, Sandra L. - SHANTEAU, James, *Emerging Perspectives on Judgment and Decision Research*, Cambridge, 2003
- SHAPIRO, Susan P., *The Social Control of Impersonal Trust*, in *Am. J. Soc.*, 1987
- SHAVELL, Steven, *Suit versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments*, in *J. Legal Stud.*, 1993
- SHAVELL, Steven *Foundations Of Economic Analysis Of Law*, Cambridge, 2004
- SHELFER, Lochlan F., *Special Juries in the Supreme Court*, in *Yale L.J.* 2013
- SHERWIN, Emily, *Features of Judicial Reasoning*, in KLEIN, David - MITCHELL, Gregory (ed.), *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford, 2010

- SIBONY, Anne-Lise, *Quelles leçons tirer des expériences étrangères ?*, in BREEN, Emmanuel (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, 2002
- SIGILLÒ MASSARA, Giuseppe, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Torino, 2017
- SILVESTRI, Caterina, *La saisine pour avis della Cour de cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998
- SILVESTRI, Caterina, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi, cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016
- SILVESTRI, Caterina, *L'esperienza francese della « elasticità » del processo civile. Un esempio per il legislatore italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018
- SILVESTRI, Elisabetta, *Note in tema di giudici speciali e «juges d'exception»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992
- SILVESTRI, Elisabetta, *La court-annexed arbitration: un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995
- SINGLETON, John V. Jr., *Jury Trial: History and Preservation*, in *Intl. Soc'y Barristers Q.* 1987
- SINK, John M., *The Unused Power of a Federal Judge to Call his Own Expert Witness*, in *S. Cal. L.R.* 1956
- SMITH, Adam, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Edinburgh, 1827
- SMITH, Ellison D. IV, *The Power of a Trial Judge to Call a Witness – A Tool to Mend Defects*, in *S. Car. L.R.*, 1969
- SOLOMON, Miriam, *Scientific Rationality and Human Reasoning*, in *Phil. Sc.*, 1992
- SOMMER, Jean-Michel - MUNOZ-PEREZ, Brigitte, *Dix ans de non-admission devant les chambres civiles de la Cour de cassation (2002-2012)*, febbraio 2014, disponibile su www.courdecassation.fr
- SORABJI, John, *English Civil Justice After The Woolf And Jackson Reforms: A Critical Analysis*, Cambridge, 2014
- SOUAM, Saïd, *Le temps de la procédure. Une analyse économique*, in COHEN, Daniel (dir.), *Droit et économie du procès civil*, Paris, 2010
- SOULAS DE RUSSEL, Dominique J.M. - RAIMBAULT, Philippe, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, in *RIDC*, 2003
- SPACCAPELO, Chiara, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009
- SPELLMAN, Barbara A., *On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence*, in *Un. Penn. L.R.*, 2007
- SPELLMAN, Barbara A. - SCHAUER, Frederick, *Legal reasoning*, in HOLYOAK, Keith J. - MORRISON, Robert G. (ed.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning*, New York, 2012
- SPIER, Kathryn E., *Pretrial Bargaining and the Design of Fee-Shifting Rules*, in *RAND J. Econ.*, 1994
- SPIGELMAN, James J., *The 'New Public Management' And The Courts*, in *Australian L.J.*, 2001
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Santiago de Chile, 2018 (traduzione spagnola. Titolo originale: *Das private Wissen des Richters*)
- STEIN, Robert E., *Re-Engineering the Manufacturing System: Applying the Theory of Constraints*, New York, 2003
- STEMPEL, Jeffrey W., *Two Cheers for Specialization*, in *Brook. L.R.*, 1995
- STOLOWY, Nicole - BROCHIER, Matthieu, *France's commercial courts: administration of justice by ordinary citizens*, in *J. Business Law*, 2017
- STRANGE, Susan, *States and markets: an introduction to international political economy*, London, 1988
- STRIER, Franklin, *The Educated Jury*, in *DePaul L.R.*, 1997
- SUTTON, Rita, *A More Rational Approach to Complex Civil Litigation in the Federal Courts: The Special Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1990
- SZEGO, Bruna, *L'inefficienza degli appelli civili in Italia:*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2008
- TACKABERRY J., *The Official Referees – The Future?*, in *Arbitration*, 1998

- TARUFFO, Michele, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979
- TARUFFO, Michele, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980
- TARUFFO, Michele, voce «*Libero convincimento del giudice: I) diritto processuale civile*», in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990
- TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991
- TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., vol. 3.2.1, Milano, 1992
- TARUFFO, Michele, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996
- TARUFFO, Michele, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997
- TARUFFO, Michele, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997
- TARUFFO, Michele, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997
- TARUFFO, Michele, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001
- TARUFFO, Michele, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001
- TARUFFO, Michele, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005
- TARUFFO, Michele, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006
- TARUFFO, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009
- TARUFFO, Michele, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- TARUFFO, Michele, *La complessità della complessità processuale*, in DONDI, Angelo (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011
- TARUFFO, Michele, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018
- TARZIA, Giuseppe, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984
- TARZIA, Giuseppe, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1999
- TASK FORCE OF THE PRESIDENTIAL ADVISORY GROUP ON ANTICIPATED ADVANCES IN SCIENCE AND TECHNOLOGY, *The Science Court Experiment: An Interim Report*, in *Sc.*, 1976
- TAVASSI, Marina, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012
- TAYLOR, Frederick W., *The Principles of Scientific Management*, New York-London, 1919
- TEDOLDI, Alberto, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010
- TEDOLDI, Alberto M., *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015
- TEREKHOVA, Lydia, *Grounds for the Specialization of Courts and Judges in Russia*, in *Russian L.J.*, 2015
- THATCHER, Jeannette E., *Why Not Use the Special Jury*, in *Minn. L.R.* 1947
- THE BUSINESS AND PROPERTY COURTS, *Advisory Note*, su www.judiciary.gov.uk, 1-2.
- THIBAUT, John - WALKER, Laurens A., *Theory of Procedure*, in *California L.R.*, 1978
- THIBAUT, John - WALKER, Laurens, *Il giusto processo. Un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Varese, 1981 (trad. it. di Angelo Dondi)
- THIEFFRY, Patrick, *Quelques aspects comparés de la procédure civile en France et aux Etats-Unis*, in *RIDC*, 1984
- THOMAS, Suja A., *The missing American jury : restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*, New York, 2016

- TISCINI, Roberta, *Nuove conferme della (immutata) giurisprudenza costituzionale in tema di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Giust. Civ.*, 2001
- TIVELLI, Luigi, *La fiera delle leggi*, in *Il mulino*, 2006
- TIZI, Francesca, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, cit., 79
- TONINI, Paolo, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Dir. pen. proc.*, 2008
- TONINI, Paolo, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011
- TONINI, Paolo, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011
- TONINI, Paolo, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012
- TONINI, Paolo, *Le fallacie del giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2013
- TONINI, Paolo, *Nullum iudicium sine scientia. Cadono vecchi idoli nel caso Meredith Kercher*, in *Dir. pen. proc.*, 2015
- TORDINI CAGLI, Silvia, *Morti d'amianto: la Cassazione ancora una volta annulla con rinvio le condanne inflitte in secondo grado*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018
- TORQUATO, Davide, *Di alcuni clichés in tema di calendrier du procès e calendario del processo. Qualche puntualizzazione in merito al nuovo art.81-bis disp.att. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2010
- TOURANGEAU, Roger - PLEWES, Thomas J. (eds.), *Nonresponse in Social Science Surveys. A Research Agenda*, Washington D.C., 2013, www.nap.edu.
- TRAVI, Aldo, *Il problema generale del sindacato giurisdizionale degli atti delle Autorità indipendenti; il riparto di giurisdizione e il controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, 11 marzo 2019, su www.giustizia-amministrativa.it
- TREVIDIC, Marc, *Les juges spécialisés. Pourquoi les juges spécialisés sont de plus en plus nécessaires*, in *Après-demain*, 2010
- TRINCHI, Alessandro, *La negoziazione assistita (prima parte)*, in *St. Iuris*, 2017
- TRINCHI, Alessandro, *La negoziazione assistita (seconda parte)*, in *St. Iuris*, 2017
- TRISORIO LIUZZI, Giuseppe, *La negoziazione assistita*, in AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato, La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it.*, 2015
- TROCKER, Nicolò, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, Napoli, 2002
- TROCKER, Nicolò, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in SCARSELLI, Giuliano (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, Napoli, 2010
- TRUBEK, David M. - SARAT, Austin - FELSTINER, William L. F. - KRITZER, Herbert M. - GROSSMAN, Joel B. *The Costs of Ordinary Litigation*, in *UCLA L.R.*, 1983
- TURATTO, Silvia, *Il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione: il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *NLCC*, 2015
- TVERSKY, Amos - KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974
- ULMER, Sidney, *The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court*, in *J. Pol.*, 1960
- UZELAC, Alan, *Mixed Blessing of Judicial Specialisation: The Devil is in the Details*, in *Russian L.J.*, 2014
- VACCARELLA, Romano, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001
- VAN DIJK, Frans - DUMBRAVA, Horatius, *Judiciary In Times Of Scarcity: Retrenchment And Reform*, in *Int. J. Court Adm.*, 2013

- VAN ZANDT, David E., *Alternative Theory of Practical Reason in Judicial Decisions*, in *Tulane L.R.* 1990-1991
- VANACORE, Giorgio, *Sapere scientifico e processo giudiziario*, in *Danno e resp.*, 2015
- VAPNEK, Jessica C., *21 Cost-Saving Measures For The Judiciary*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2013
- VATINET, Raymonde, *Association Henri Capitant, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, in *RTD civ.*, 2006
- VECCHI, Giancarlo, *Systemic Or Incremental Path Of Reform? The Modernization Of The Judicial System In Italy*, in *Int'l J. Ct Adm.*, 2013
- VECCHI, Giancarlo, *Valutazione delle performance organizzative e accountability negli uffici giudiziari*, in SCIACCA, Mariano - VERZELLONI, Luca - MICCOLI, Grazia (a cura di), *Giustizia in bilico*, Roma, 2013
- VELLANI, Carlo, *I processi civili alla conclusione della XVI legislatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013
- VELLANI, Carlo, *Gli interventi sulla giustizia civile nei primi anni della XVII legislatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016
- VELLANI, Carlo, *Aggiornamento sugli interventi di interesse processualcivilistico al termine della XVII legislatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018
- VERDE, Giovanni, voce *Prova (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988
- VERDE, Giovanni, *Giudice monocratico e collegiale (divagazioni su Costituzione e processo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991
- VERDE, Giovanni, *Processo, giudice, giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1992
- VERDE, Giovanni, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000
- VERDE, Giovanni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, in CAPPONI, Bruno - VERDE, Valeria, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, Napoli, 2002
- VERDE, Giovanni, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002
- VERDE, Giovanni, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011
- VERDE, Giovanni, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013
- VERDE, Giovanni, *Il giudice fra specializzazione e «diritto tabellare»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013
- VERDE, Giovanni, *La riforma dell'appello: due anni dopo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014
- VERDE, Giovanni, *Questione giustizia*, Torino, 2013
- VERRIER, Benoît, *Les conseillers prud'hommes: des syndicalistes «éprouvés»*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008
- VIAZZI, Claudio, *L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012
- VIETTI, Michele, *Giustizia civile efficiente e competitività*, in MIRABELLI, Cesare - PAGANETTO, Luigi - TRIA, Giovanni (a cura di), *Economia della giustizia*, Roma, 2005
- VIGNEAU, Vincent, *Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation*, in *Rec. Dalloz*, 2010
- VIGNEAU, Vincent, *General summary of the Symposium on the future of civil judicial expertise in the European Union*, in "EUREXPERTISE PROJECT" Report 2012, su <https://experts-institute.eu>
- VIGNEAU, Vincent, *Obligations du technicien*, in *Dalloz action. Droit de l'expertise*, 2016
- VILLEBRUN, Jacques - QUETANT, Guy-Patrice, *Les juridictions du Travail en Europe*, Paris, 1992
- VINCENT, Jean, *Les juges uniques dans le droit judiciaire français contemporain*, in AA.VV., *Études offertes à Jacques Lambert*, Paris, 1975
- VOCINO, Corrado, «Du coté» del disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984

- VOET, Stefaan, *Belgium's New Specialized Judiciary*, in *Russian L.J.*, 2014, 139.
- VON FREYHOLD, VIAL & PARTNER CONSULTANS, *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantage of Consumers in the Single Market, Report for the European Commission, DG XXIV Consumer Policy and Consumer Health Protection*, Bremen, 1998, 157-158.
- WAELEKENS, Laurent, *L'origine de l'enquête par turbe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1985
- WEINSTEIN, Jack B., *Considering Jury Nullification: When May and Should a Jury Reject the Law to Do Justice*, in *Am. Crim. L.R.*, 1993
- WELCH, Roger, *The Coalition Government and the Lifting of the Floor of Individual Employment Rights*, in WILLIAMS, Steve - SCOTT, Peter (eds.), *Employment Relations under Coalition Government: The UK Experience, 2010-2015*, New York, 2016
- WELLS, Gary L., *Naked Statistical Evidence of Liability: Is Subjective Probability Enough?*, in *J. Pers. Soc. Psych.*, 1992
- WILLEMEZ, Laurent, *Le sens d'une élection et les frontières de la justice. Les controverses autour des élections prud'homales*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *La justice au risque des profanes*, Amiens, 2007
- WILLEMEZ, Laurent, *Activité judiciaire et trajectoires juridiques. Les conseillers prud'hommes et le droit du travail*, in MICHEL, Hélène - WILLEMEZ, Laurent, *Les prud'hommes. Actualité d'une justice bicentenaire*, Bellecombe-en-Bauge, 2008
- WILLIAMSON, Oliver E., *Transaction Cost Economics*, in MÉNARD, Claude - SHIRLEY, Mary M. (ed.), *Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht, 2005
- WINTER, Harold, *How Does Behavioral Economics Contribute to the Economic Analysis of Law? A Brief Introduction to the Marriage of Economics and Psychology*, in ID., *Issues in Law and Economics*, Chicago, 2017
- WISTRICH, Andrew J. - GUTHRIE, Chris - RACHLINSKI, Jeffrey J., *Can Judges Ignore Inadmissible Information - The Difficulty of Deliberately Disregarding*, in *Un. Penn. L.R.*, 2005
- WOOD, Diane P., *Generalist Judges in a Specialized World*, in *SMU L.R.*, 1997
- WOOLF, Harry, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, 1996
- WROBLEWSKI, Jerzy, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 1974
- YEE, Kenton K., *Dueling experts and imperfect verification*, in *Int'l Rev. Law & Ec.*, 2008
- YNTEMA, Hessel E., *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, in *Yale L.J.*, 1928
- ZACCARIA, Giacomo, *La professionalità del consulente: una scelta del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015
- ZAN, Stefano, *Fascicoli e tribunali. Il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003
- ZAN, Stefano, *Le organizzazioni complesse*, Roma, 2011
- ZANDRINO, Giulia, *La contestazione estesa all'an della pretesa e l'art. 696 bis, c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2017
- ZANUTTIGH, Loriana, *Il giudice unico nella riforma del 1912*, in *Riv. dir. proc.*, 1971
- ZEISEL, Hans, . . . *And Then There Were None: The Diminution of the Federal Jury*, in *Un. Chi. L.R.*, 1971
- ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, 1991
- ZENATI, Frédéric, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992)*, in *Rec. Dalloz* 1992
- ZIMMER, Markus B., *Overview Of Specialized Courts*, in *Int'l J. Ct Adm.*, August 2009
- ZUCKERMAN, Adrian A.S., *Lord Woolf's Access To Justice: Plus Ça Change ...*, in *Modern L.R.*, 1996
- ZUCKERMAN, Adrian A.S. (ed.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999
- ZUKLIE, Mitchell S., *Rethinking the Fair Cross-Section Requirement*, in *Cal L. Rev.* 1996

ZULBERTI, Martino, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, in *Riv. arb.*, 2018

ZUMPANO, Maria A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *NLCC*, 2017