

Ferruccio Auletta

## Lo stato presente del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico

SOMMARIO: 1. “L’obiettivo convergenza dei ruoli [...] tra il giudice e il consulente”, secondo la Corte di cassazione: un ritorno alle origini. – 2. La progressiva separazione della perizia come il (giudizio di) fatto dal (-la decisione di) diritto. – 3. Il ritorno al “giudizio integrale” e all’assorbimento della prova nell’argomentazione nella più recente giurisprudenza della Corte: la svalutazione del contraddittorio. – 4. Il movente ideologico di *patefacere veritatem* alla base della riduzione a unità di perizia e giudizio; le soluzioni ordinamentali e processuali fino alla *consuetudo Italiae generalis* di deferire all’esperto la questione sottoposta al giudice. – 5. La “recisa separazione” della perizia dalla prova promossa da Carnelutti e l’idea del Codice per il consulente quale autore di giudizi. – 6. La critica: l’apporto del perito rimane – come quello del testimone – un fatto, oggetto di un giudizio (ulteriore e) insopprimibile, a pena di obbligatorietà della conclusione del perito. La necessaria divisione del lavoro epistemico: il rapporto tra giudice e consulente, e il ruolo delle parti. – 7. Deferenza epistemica e deferenza semantica quali condizioni (rispettivamente positiva e negativa) per legittimare l’impiego di un sapere altro: modalità di assicurazione del primato del giudizio giurisdizionale. – 8. Rinnovazione dell’attività di consulenza e sostituzione del perito quali garanzie di mantenimento, di là della determinazione originaria di fare ricorso al c.t.u., del primato del giudizio giurisdizionale (*i.e.*, che si attua nel contraddittorio); in particolare, “la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini”. – 9. (*Segue*): il dovere di disporre la rinnovazione delle indagini quale situazione soggettiva del giudice nel contraddittorio con le parti. La c.t.u. quale procedimento in contraddittorio con le parti e irriducibile *uno actu*. – 10. (*Segue*): la sostituzione del consulente per “gravi motivi” quale rimedio estremo la cui esigenza emerge dal contraddittorio con le parti. *Iudex peritus peritorum*. – 11. Il contraddittorio quale metodo scientifico del processo (in assenza di garanzie sulle qualità soggettive del perito). – 12. “Il paradosso della perizia” può sciogliersi soltanto nella garanzia del contraddittorio. In favore dell’estensione del contraddittorio alla designazione del consulente. – 13. *Regula generalis est quod partes peritos eligant, et eis discordantibus iudex. ZPO e LEC* come modelli partecipativi. – 14. Praticabilità del modello partecipativo secondo gli schemi del diritto amministrativo (art. 11, legge n. 241 del 1990). – 15. La deferenza epistemica necessariamente *ad alterum*: critica alla tesi della dispensabilità del procedimento di c.t.u. in caso di giudice perito nell’arte o nella scienza applicabile; rinnovazione e sostituzione quali rimedi (o forme essenziali del contraddittorio) altrimenti impraticabili. – 16. Il procedimento di istruzione probatoria mediante c.t.u. quale garanzia particolare del principio dispositivo: parti e consulente soli autori di affermazioni di verità dei fatti rilevanti. – 17. La svolta ideologica della Corte di cassazione contraria al valore di conservazione del principio dispositivo. – 18. C.t.u. e arbitrato: verifica dei limiti di disponibilità del procedimento riservabile al ter-

zo. – 19. (*Segue*): distinzione dalla perizia arbitrale quale rinuncia all'accertamento giudiziario della *quaestio facti*. Giudizio di fatto e giudizio di diritto come vicenda diacronica. – 20. C.t.u. e giudizio di diritto: il rasoio di Occam di “law [...] pleaded as fact”. Giudizio statale e giudizio arbitrale. L'arbitro non giurista: le questioni del ricorso alla consulenza giuridica e del mancato ricorso a quella tecnica.

## 1. “L’obiettiva convergenza dei ruoli [...] tra il giudice e il consulente”, secondo la Corte di cassazione: un ritorno alle origini.

Vent'anni dopo essermi dedicato allo studio de [*i*]/ *procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*<sup>1</sup> e li aver provato a superare, grazie alla categoria del *procedimento* quale attività *e* del giudice *e* delle parti, la contesa tra le opzioni di giudizio (atto di decisione, cosa del giudice) e mezzo di prova (atto asseverativo delle parti o di altri, ma non del giudice) – da sempre antagoniste sul campo della perizia<sup>2</sup> –, la Corte di cassazione mi è sembrata tornare su quel campo come non fosse intanto stato arato. È noto, infatti, che abbia infine proclamato «l’obiettiva convergenza dei ruoli che sul piano dell’attuazione della giurisdizione si realizza tra il giudice ed il consulente da lui nominato»<sup>3</sup>: un enunciato che rimanda al contesto di originaria indistinzione per annichilire il divario che secoli e ordinamenti sono invece venuti formando.

## 2. La progressiva separazione della perizia come il (giudizio di) fatto dal (-la decisione di) diritto.

All’interrogativo circa la ragione per cui in diritto romano, almeno finché sarebbe durata la divisione tra fasi *in iure* e *apud iudicem*, della perizia non si fa cenno, è stata data la risposta secondo la quale, con le parole di Lessona, “il modo più semplice effettivamente seguito era quello di nominare *iudex* una persona esperta di quella materia”<sup>4</sup>. Oppure, che non di rado *in iudicio* veniva assunto come testimone il *bonus vir* al cui *arbitrium* le parti avevano già rimesso la regolamentazione di elementi del loro rappor-

<sup>1</sup> Cfr. Cedam, 2002, Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto processuale civile della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

<sup>2</sup> L’antagonismo di *atto* e *procedimento* si fa specificamente evidente da ultimo nello studio di V. CAPASSO, *L’elaborato peritale alieno: contributo allo studio della circolazione della consulenza tecnica e della perizia disposte inter alios*, in *Processo*, 2021, p. 113, dove si indagano conseguenze dell’ibridazione che la consulenza tecnica sopporta quale, al contempo, giudizio, allegazione e risultato di un procedimento.

<sup>3</sup> Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Giur. it.*, 2022, 10, p. 2136, con nota di F. AUULETTA; cfr. pure V. ANSANELLI, *Il consulente tecnico d’ufficio. Un piccolo giudice alla ricerca della verità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 1207. Per un esame analitico delle decisioni danti luogo all’indirizzo, B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d’ufficio in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 984.

<sup>4</sup> C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, IV, Firenze, 1899, p. 401.

to giuridico, rendendosi allora superflua la nomina di un altro esperto da parte del giudice all'entrata in crisi del negozio. Secondo questa tesi, pure l'*arbitrium boni viri* era dunque «fra i fattori che preclusero agli esperti di divenire una categoria particolare tra gli elementi di prova e di assumere una propria autonomia nei confronti dei testimoni»<sup>5</sup>.

Eppure, nemmeno la ricerca di convergenze le più spinte tra perizia e giudizio, tra le funzioni del giudice e del perito, potrebbe cancellare un'intuitiva distinzione. Difatti, dalla decisione del giudice sempre la perizia rimane altro perché, pur quando giudizio, sta in posizione servente la decisione, la quale diventa giudizio di giudizi, utilizza cioè altri giudizi dello stesso genere, la perizia anzitutto.

In questo modo, l'atto giurisdizionale si pone allora “come un giudizio di secondo grado”<sup>6</sup>, rispetto al quale i risultati di quelli di primo grado scadono in fatti senz'altro, senza poter mai realizzare un'autentica compenetrazione della perizia nella decisione di diritto.

Tant'è che, sebbene anche di *testes atque arbitri* vi sia traccia nell'amministrazione arcaica della giustizia, pure lì “lentamente il *testis* si spoglia di questa funzione giudicante o meglio, il suo giudizio si inserisce in un ordine gerarchico di giudizi, si trasforma da giudizio globale e definitivo, in giudizio particolare, specializzato, offerto al terzo per eccellenza, al giudice, che nel suo giudizio, unico veramente globale e definitivo, riassumerà ed armonizzerà tutti i giudizi dei testimoni”<sup>7</sup>.

### 3. Il ritorno al “giudizio integrale” e all'assorbimento della prova nell'argomentazione nella più recente giurisprudenza della Corte: la svalutazione del contraddittorio.

Insomma, stante la prospettiva presa dalla Corte di cassazione, l'odierno consulente tecnico, che agisce per conto del giudice alla ricerca dei relitti sensibili di fatti capitati fuori della sfera sensoriale del mandante, sembra recare segni ombelicali dell'epoca in cui la complessiva funzione di giudizio, in una dimensione olistica (il “giudizio integrale”<sup>8</sup>, secondo Franchi), andava priva di determinanti scansioni soggettive, muovendo dal punto che testimone e perito “entrambi svolg[evano] davanti al giudice un'attività di consulenza, operando un giudizio”, ciascuno “senz'altro gli proponeva il giudizio e lo sollecitava a emanarlo, [...] escludendo a rigore la possibilità di distinguere un problema di fatto e un problema di diritto, conglobando insieme fatto e diritto [...], un[endo] insieme prova e argomentazione e in sostanza assorbendo la prima nella seconda”<sup>9</sup>. Un tutt'uno, insomma.

Sennonché, l'“obiettiva convergenza dei ruoli che sul piano dell'attuazione della giurisdizione si realizza tra il giudice ed il consulente da lui nominato”, già per il modo

<sup>5</sup> K. VISKY, *La prova per esperti nel processo civile romano*, in *Studi senesi*, LXXX, 1968, p. 69.

<sup>6</sup> B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, p. 227, nota 97.

<sup>7</sup> G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Jus*, 1960, p. 377.

<sup>8</sup> G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, p. 74.

<sup>9</sup> G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 1960, p. 398.

in cui è storicamente riconoscibile, è stata avvertita come rischiosa per la tenuta del contraddittorio: “l'accostamento del perito al giudice ha portato a svalutare il carattere contraddittorio della perizia, facendone, almeno tendenzialmente, uno strumento per la integrazione delle conoscenze del giudice al di fuori della sua sede naturale, che è lo svolgimento dialettico dell'istruttoria”, avvertiva Denti<sup>10</sup>. Eppure, la spinta ideologica che ha indotto ad assumere detta prospettiva appare assai netta e essa stessa percepibile in dimensione storica.

#### **4. Il movente ideologico di *patefacere veritatem* alla base della riduzione a unità di perizia e giudizio; le soluzioni ordinamentali e processuali fino alla *consuetudo Italiae generalis* di deferire all'esperto la questione sottoposta al giudice.**

“Con Costantino, si rammenta al giudice che egli è il ricercatore della verità e che deve conformare la sua condotta durante il processo a questa sua funzione”<sup>11</sup>: così, *patefacere veritatem ut litigium terminetur* dice pure, a proposito del *mentor* che coopera alla definizione di una lite di confini, il Codice di Giustiniano – C. 3, 39, 3 – riferendo di una Costituzione dell'Imperatore Costantino dell'anno 330. È lì senz'altro che rimonta l'affermazione del Codice vigente che assegna al consulente ancora adesso lo «scopo di fare conoscere al giudice la verità» (art. 193).

Dev'essersi trattato di esigenza crescente – questa della cooperazione dell'esperto e della relativa integrazione funzionale nel giudizio –, fino a stare alla base del mutamento di composizione dell'ufficio giudicante, dove si insediò la figura dell'assessore, in luogo del consulente occasionale; e in controversie riguardanti i confini tra fondi o altre simili “è verosimile che il *consilium* del *iudex* fosse composto anche da *mentores*”<sup>12</sup>, esperti che per tradizione operavano individualmente.

Proprio le forme dell'assessorato, realizzando la convergenza finanche organica delle figure, massimamente sottraevano la formazione di ingredienti di cognizione del giudice al controllo costante e immanente delle parti e al contraddittorio con loro, sopprimendo la dimensione squisitamente procedimentale insita viceversa nell'opera svolta dall'esperto quando non insediato nell'ufficio giudicante.

Eppure, l'idea nucleare che già aveva portato sul piano dell'ordinamento alla creazione di enti giudicanti plurali, per la missione – condivisa dai suoi componenti – di svelare la verità, conosceva repliche anche sul piano del processo, dove anzitutto il *consilium sapientis iudiciale* si presentò quale ulteriore fenomeno di istituzionalizzazione (rispetto a un'organizzazione giudiziaria stabilmente etero-integrata da laici) della collaborazione di esperti: allo stesso modo, infatti, si consentiva all'ufficio di acquisire *motu proprio* dati o valutazioni di fatto (o anche di diritto) attingendo alle cognizioni scientifiche di un terzo per sanare l'imperizia del giudice.

<sup>10</sup> V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 425; e, già prima, *Perizia, nullità processuali e contraddittorio*, *ivi*, 1967, p. 398.

<sup>11</sup> G.G. ARCHI, *La prova nel diritto del Basso-Impero*, in *Jura*, I, 1961, p. 3.

<sup>12</sup> L. MAGANZANI, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, p. 100.

Per la costante regolarità del ricorso al giudizio altrui, con la collocazione della decisione al vertice di un'autentica scala di giudizi, si finirà per dire *sententia* quell'atto che, secondo Boncompagno da Signa (1235 ca), “dicitur a *sentio sentis*, quoniam aliquis profert sententiam secundum quod sentiunt sapientes”.

L'uso dev'essersi fatto indiscriminato, in pratica una stabile quanto sostanziale dismissione del mandato giudiziale in merito alla questione principale di fatto o di diritto, tanto da suscitare la riprovazione di siffatta “consuetudo Italiae generalis” da parte di Guglielmo Durante, che dirà nello *Speculum iudiciale*: “Melius est igitur, quod iudex ipse scrutetur diligenter acta negotii ad rerum veritatem, et plena inquisitione discutiat, quam sic se exoneret ad dictum illorum (...) et post super dubiis, cum peritis deliberet diligenter”.

## 5. La “recisa separazione” della perizia dalla prova promossa da Carnelutti e l'idea del Codice per il consulente quale autore di giudizi.

Certo nella dottrina italiana principia l'idea del perito quale ausilio del giudice, anche se una differenza pare ancora corresse tra la prassi italiana – basata su un approccio maggiormente contraddittorio e con parti agenti più attivamente nella procedura – e la prassi francese, che privilegiava assolutamente l'idea dell'inchiesta ufficiosa<sup>13</sup>.

È il 1915 quando il giovane Carnelutti smentisce che l'antinomia del perito – ora fonte di prova, ora ausiliare del giudice – sia ricomponibile alla maniera di Stein<sup>14</sup>: “se il perito indica regole anzi che fatti, ciò vuol dire ch'egli collabora col giudice nella deduzione dei fatti”<sup>15</sup>. E ne conclude: “questa considerazione dovrebbe influire, secondo me, dal lato sistematico per una recisa separazione dell'istituto della perizia da quello della prova; dei periti dovrebbe trattarsi non nella parte che riguarda i mezzi di prova, ma in quella che riguarda gli ausiliari del giudice”. Del perito l'autore dice, allora, che “fornisce insieme con la regola o senza di questa il giudizio medesimo”.

## 6. La critica: l'apporto del perito rimane – come quello del testimone – un fatto, oggetto di un giudizio (ulteriore e) insopprimibile, a pena di obbligatorietà della conclusione del perito. La necessaria divisione del lavoro epistemico: il rapporto tra giudice e consulente, e il ruolo delle parti.

La critica di Pompeo Biondi, il difensore d'ufficio di Friederich Stein nel dibattito di lingua italiana, avvia un circolo inverso nella storia dell'istituto, tornando egli a ritenere sempre e comunque “fatto” il “risultato d[i] qu[el] giudizio”, sicché, considerando l'attività del perito per ciò che infine apporta, un fatto appunto, questo ne farebbe “una

<sup>13</sup> M. CHARAGEAT, C. LEVELEUX-TEIXEIRA, *Consulter, délibérer, décider: donner son avis au Moyen-Âge*, Tolosa, 2010, p. 48.

<sup>14</sup> F. STEIN, *Das private Wissen des Richters* (1893), Aalen, 1969 (rist.).

<sup>15</sup> F. CARNELUTTI, *La prova civile* (1915), Milano, 1992 (rist.), p. 83.

*species del genus testimonianza*”, genere per allontanarsi dal quale occorrerebbe che “le conclusioni del perito fossero obbligatorie per il giudice: perché allora il perito porterebbe non un oggetto di giudizio, ma addirittura un giudizio”<sup>16</sup>.

Dunque, la Corte di cassazione, pur operando più di recente la propria scelta concettuale sopra la convergenza funzionale dei suoi soggetti, si arresta in prossimità del nodo ultimo, che persiste nel rapporto tra consulente e giudice: se a quest’ultimo si dirige l’ammonimento *si vis veritatem cognoscere, quaere, et invenies*, sorge dalla conseguente consapevolezza dell’alterità necessaria dell’apporto conoscitivo e dall’inevitabile divisione del lavoro epistemico l’interrogativo ulteriore su quanto precettivo, allora, divenga il giudizio del consulente verso il giudice.

Per la risposta più corretta a tale interrogativo, che rimonta sino al vertice costituzionale delle caratteristiche della funzione giurisdizionale, non può negarsi la rilevanza delle regole di selezione del perito – se in ultimo conferiscano o meno la designazione alle parti in causa – né la cogenza, se più o meno stretta, del principio dispositivo che anima il processo.

## **7. Deferenza epistemica e deferenza semantica quali condizioni (rispettivamente positiva e negativa) per legittimare l’impiego di un sapere altro: modalità di assicurazione del primato del giudizio giurisdizionale.**

Lo stato attuale degli studi lascia rilevare ruoli chiave alle espressioni di deferenza epistemica e di deferenza semantica<sup>17</sup>, per ammettere la prima e negare la seconda quali condizioni di legittimità dell’impiego del sapere esperto da parte dell’Autorità giudiziaria.

Per deferenza epistemica il giudice è *necessario* – come si esprime l’art. 61 c.p.c. – che rinunci a comprendere le ragioni alla base delle dichiarazioni dell’esperto: che il giudice dev’essere deferente in tal senso è implicato dall’atto del riconoscere l’appartenenza soltanto ad altri di una “*particolare competenza tecnica*” (non *generale*, quindi). Non per questo dev’esserci anche deferenza semantica perché, diversamente, il giudice, non più identificando in modo autonomo il riferimento dei termini di cui l’esperto si serve, abdicerebbe alla funzione che in esclusiva gli è conferita *in nome del popolo*.

Mentre la deferenza epistemica segna la premessa stessa della disciplina dell’assistenza del consulente, un’additiva deferenza semantica in relazione agli enunciati che descrivono i fatti impedirebbe al giudice la corretta operazione di sussunzione nelle norme applicabili, e in misura variabile toglierebbe il giudice dalla situazione di privilegio che gli si riconosce mandandolo soggetto *esclusivamente* alla legge, cioè entro un rapporto semanticamente diretto col testo normativo.

La deferenza epistemica del giudice legittima quest’ultimo ad affermare la verità di una proposizione soltanto e in quanto la proposizione sia tenuta per vera dal consulente.

<sup>16</sup> P. BIONDI, *La distinzione fra perizia e testimonianza*, in *Foro it.*, 1937, IV, p. 62.

<sup>17</sup> M. UBERTONE, *Il giudice e l’esperto. Deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, 2022: testo sul quale v. la recensione di M. GARAVAGLIA, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 800.

te, ma la deferenza epistemica del giudice deve incontrare regolarmente un limite nella capacità di autonoma determinazione del significato dell'enunciato da provare.

Condividendo premesse tali, la divisione del lavoro epistemico non può che muovere logicamente dalla subalternità del giudizio del giudice rispetto a quello del perito, sicché appare decisivo indagare le modalità di restituzione dell'essenziale primato dovuto al giudizio giurisdizionale, modalità che risiedono nell'autorità del giudice e, in ultimo, nella legge che la governa, cioè il diritto processuale, non soltanto nella risoluzione iniziale di ricorrere al perito e di selezionarlo ma anche nell'esercizio di quei poteri ulteriori che si collocano all'esito dell'impiego di quei poteri primari.

### **8. Rinnovazione dell'attività di consulenza e sostituzione del perito quali garanzie di mantenimento, di là della determinazione originaria di fare ricorso al c.t.u., del primato del giudizio giurisdizionale (i.e., che si attua nel contraddittorio); in particolare, “la facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini”.**

In quest'ultimo senso due paiono le discipline di cui si impone l'esame, quella della rinnovazione dell'attività di consulenza e quella della sostituzione del consulente, le quali – potremmo dire – sostanziano, in una loro lettura combinata, la versione modernamente accettabile del brocardo che fa del giudice il perito dei periti, onde è il giudice che in ultimo decide del *come* e di *chi* riuscire deferente, pur senza potersi del tutto riscattare dalla posizione d'esordio, quella di insopprimibile subalternità, in cui è congenitamente collocato dalla competenza non giuridica né altrimenti generale di cui è *necessario* fare applicazione.

In questa chiave, il primato del giudizio giurisdizionale (cioè, attuato nel contraddittorio) e del giudice è riconquistato anzitutto dall'attribuzione fattagli di una situazione giuridica soggettiva che assai raramente<sup>18</sup> è presente nel processo, specie nei soggetti che vi esprimono autorità, cioè la *facoltà*: “il giudice ha sempre facoltà di disporre la rinnovazione delle indagini”, dice l'art. 196 c.p.c., dove l'avverbio prima che il complemento toglie qualsiasi dubbio intorno all'estensione estrema della capacità di ogni giudice, il cui esercizio di potere è manifestazione niente più che della primazia della comunità e della semantica generale.

Il potere di rinnovazione delle indagini, proprio perché l'art. 196 c.p.c. “sempre” ne munisce il giudice, lascia nell'ombra il tema della rilevabilità d'ufficio dell'eventuale nullità di cui fosse pure affetta la relazione del consulente. Se la rinnovazione, che è il *posterius*, qui si rende possibile finanche in assenza del rilievo della nullità, che ne sarebbe regolarmente il *prius*, il punto, dall'angolo visuale del giudice, finisce per sem-

---

<sup>18</sup>F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957 (Giappichelli, 2022, rist., con prefazione di Ferrua, che scrive: “La facoltà è semplicemente la negazione, il rovescio del dovere: una condotta è facoltativa dove non esistano obblighi o doveri; [...]. Le facoltà competono per lo più alle parti private. Per gli organi pubblici quelle che impropriamente si chiamano facoltà sono, a ben vedere, doveri discrezionali, ossia doveri i cui presupposti, anziché essere tassativamente definiti, sono affidati ad una complessa valutazione di cui la legge si limita a fornire il parametro”).

brare francamente alieno da problemi che non siano puramente concettuali, e confermando la libertà del giudice di procurare la ripetizione delle attività peritali senza limiti che non indirettamente scaturenti da altre esigenze o valori immanenti al giudizio pubblico, da compiersi in nome del popolo.

**9. (Segue): il dovere di disporre la rinnovazione delle indagini quale situazione soggettiva del giudice nel contraddittorio con le parti. La c.t.u. quale procedimento in contraddittorio con le parti e irriducibile *uno actu*.**

Certo, pura facoltà può essere il connotato della sola relazione tra giudice e perito circa l'*an* della rinnovazione, non anche il connotato della relazione del primo con le parti (stante il carattere immanentemente contraddittorio di quest'ultima relazione) quanto alla determinazione di procedere nuovamente alle attività del consulente tecnico, dove, una volta riconosciuta la rinnovazione come unico rimedio all'esigenza probatoria specifica, s'incrementa pure il tasso di doverosità della stessa quando l'indagine non sia stata adeguatamente satisfattiva del corrispondente interesse probatorio di parte. Di qui, la *facoltà* del giudice, che già aveva trovato aggettivi quali "completa ed assoluta" pronti a descriverla<sup>19</sup>, torna naturalmente alla condizione del *dovere*. E il giudice che intenda smentire le conclusioni rassegnate dal suo ausiliare "deve esaminare", nell'ordine, la possibilità di ottenere "chiarimenti" ovvero l'espletamento di una indagine "suppletiva"<sup>20</sup>. È invero la cogenza del contraddittorio a produrre questo risultato, è la natura del suo modello di realizzazione a procurarlo, cioè il procedimento.

Forse, è con la decisione della Corte cost. n. 198 del 1994, redatta da Giuliano Vasalli, che, rimossa ogni patina storica, prende corpo l'idea che "la perizia resta designata [...] dall'attivazione di un sub-procedimento che, per la necessità di svolgere indagini o acquisizioni di dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche (art. 220, comma 1°, [c.p.p.]), postula l'esplicazione massima del contraddittorio e l'esigenza di assicurare, proprio in quella fase, tutte le garanzie connesse all'esercizio della difesa tecnica (si pensi alla possibilità di nomina, ad opera delle parti, di propri consulenti tecnici, al regime della ricusazione, ecc.)".

La Corte, in altre parole, esclude che la perizia possa mai risolversi *uno actu* – la relazione del perito – e ne rivela l'essenza intimamente procedimentale col farne apprezzare la circostanza che la misura dell'attendibilità delle sue acquisizioni dipende interamente dalla misura effettiva del contraddittorio. Sicché, aggiunge, non è possibile utilizzarne i risultati quando vi sia stato sacrificio di quest'intimo attributo e, pur accollandosi il rischio della diseconomia di conseguire ancora il medesimo risultato sostanziale, il legislatore deve tuttavia prevedere di ovviare mediante rinnovazione dell'esperimento – con restituzione alle parti pregiudicate della serie naturale di poteri e facoltà – al difetto di contraddittorio che si fosse verificato, sicché non potrebbe essere escluso il "diritto della parte di richiedere e di conseguire la rinnovazione della prova, una rin-

<sup>19</sup> Cass., 5 aprile 1961, n. 718.

<sup>20</sup> Cass., 18 giugno 1977, n. 2553.

novazione – prosegue la Corte – riferibile, proprio per le considerazioni che hanno condotto a delinearne una qualche divergenza di trattamento rispetto alle dichiarazioni, anche alla perizia”.

L’affermazione della capacità dimostrativa degli esiti della consulenza come variabile dipendente dalle caratteristiche del suo *iter* – se attributivo o meno di sufficienti possibilità di condizionamento in capo ai contraddittori – piuttosto che dal referto consuntivo dell’esperto, altrimenti tratto al modo di Minerva da Giove, è talmente pervasiva dell’indirizzo della Consulta che quest’ultima non esita ad estendere la garanzia della partecipazione, per riferirla altresì a procedimenti peritali non giurisdizionali sebbene in grado di incidere sul corso di questi ultimi: essenzialmente quelli relativi alle analisi irripetibili di campioni deteriorabili, sanzionandone la normativa ove indebitamente ablativa del diritto di difesa di una parte sola<sup>21</sup>; ovvero quelli relativi al controllo dei limiti alle emissioni atmosferiche di taluni impianti inquinanti, immunizzando da dubbi la relativa normativa siccome – appunto – sufficientemente assicurativa dei diritti dei controinteressati<sup>22</sup>. In ogni caso, il riferimento è costante alle modalità e alle garanzie del procedimento di consulenza tecnica in ambito giurisdizionale.

## **10. (Segue): la sostituzione del consulente per “gravi motivi” quale rimedio estremo la cui esigenza emerge dal contraddittorio con le parti. *Iudex peritus peritorum*.**

Di fronte alla permanente “facoltà” del giudice di ordinare la rinnovazione delle indagini, almeno sul piano oggettivo, egli o ella godono – invece, sul piano soggettivo – di un potere di “sostituzione” del consulente contenuto entro il limite delineato dai “gravi motivi”; il che – oltre per quanto detto *infra*, § 14, a proposito della partecipazione delle parti alla selezione dell’esperto – è probabilmente indotto dal sistema ordinamentale che è radicato sopra la pluralità locale degli albi e che promuove in termini esclusivamente formali la pari autorevolezza dei rispettivi iscritti al punto da disporre criteri turnari per l’elezione tra di loro, in un contesto che non assicura alcun elemento di vera discrezionalità adeguato al rango di pur supposta fiduciarità dell’incarico<sup>23</sup>.

In breve, mentre appare indiscriminata la possibilità di indurre la rinnovazione dell’indagine in quanto tale (finanche senza bisogno dell’iniziativa di parte o senza

<sup>21</sup> Cfr. sentt. n. 469 del 1988; n. 434 del 1990; n. 139 del 1993.

<sup>22</sup> Cfr. sent. n. 699 del 1988.

<sup>23</sup> Per D.M. 4 agosto 2023, n. 109 è stato emanato il “Regolamento concernente l’individuazione di ulteriori categorie dell’albo dei consulenti tecnici di ufficio e dei settori di specializzazione di ciascuna categoria, l’individuazione dei requisiti per l’iscrizione all’albo, nonché la formazione, la tenuta e l’aggiornamento dell’elenco nazionale”, in *G.U.* 11 agosto 2023, n. 187. Tuttavia, “l’elenco nazionale [adesso previsto dall’articolo 24-bis disp. att. c.p.c.] contiene [soltanto], per ogni categoria e settore di specializzazione, le indicazioni relative a nome e cognome dei consulenti iscritti negli *albi* e, per ciascuno di questi, la data di iscrizione all’albo, i provvedimenti di conferimento dell’incarico e gli eventuali provvedimenti di revoca”. V. sull’“elenco nazionale dei C.T.U.” V. ANSANELLI, *Novità in tema di consulenza tecnica (e qualità delle conoscenze esperte) nella Riforma Cartabia*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, p. 1066.

che ricorra irregolarità o invalidità di sorta negli atti compiuti), difetta una specularmente insindacabile capacità di sostituzione del suo autore (in astratto, concepibile come *contrarius actus* in presenza di un'ugualmente insindacabile facoltà di elezione), quale forma di novazione soggettiva. Ciò che peraltro si presta a una lettura che aumenta il valore procedimentale della consulenza disposta dal giudice.

È stata la giurisprudenza penale, più di recente, a enfatizzare il senso attuale della sua funzione di *peritus peritorum*, che, contravvenendo alla necessaria deferenza epistemica, non potesse poi sfociare nell'assoluta libertà di disattendere le conclusioni dell'esperto assumendo una pre-definita superiorità di posizione del magistrato quale giurista, in una pseudo-logica di *saccenteria giuridica*, che invece più non si avverte quando si attribuisca al giudice il vero compito che può ancora spettargli dopo aver ammesso, nella fattispecie, l'esigenza di andare deferente: come ha scritto Cass. pen., sez. IV, 18 marzo 2016, n. 11631, "sarebbe, perciò, contraddittorio pretendere dal giudice la autonoma dimostrazione della esattezza delle conclusioni raggiunte dal perito, quando a tali conclusioni egli ritenga di prestare adesione, dovendosi invece ritenere sufficiente che dalla motivazione del provvedimento giurisdizionale risulti come detta adesione non sia stata acritica e passiva, ma sia stata frutto di attento e ragionato studio, necessariamente condotto, peraltro, nel presupposto che le suddette conclusioni peritali, sia per la «particolare competenza» di cui il perito deve presumersi fornito (art. 221 c.p.p.), sia per l'impegno che egli deve assumere all'atto del conferimento dell'incarico (art. 226 comma 1°, c.p.p.), siano, fino a prova contraria, affidabili".

Allora, "nei casi, dunque, in cui [il giudice] si trovi a dubitare delle conclusioni del perito, due sono le strade: a) convocarlo e, nel contraddittorio delle parti, porre tutte le domande finalizzate a dissipare i dubbi derivanti dalla perizia; b) ove tale strada non lo soddisfi, nominare un altro perito al quale – dopo avere evidenziato i punti critici e le parti non convincenti della prima perizia – sottoporre tutti i dubbi".

La conclusione vale a conferire all'iperbole *iudex peritus peritorum* – secondo Cordero tipica dell'"ambiente italiano [che] coltiva una retorica del diritto, dove i fatti contano meno delle parole e il gusto tende al gesto declamatorio", prodotto di "cultura parolaia"<sup>24</sup> – niente altro che il significato di garanzia che il giudice, come membro della comunità nel cui nome pronuncia, sia sempre "custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo". Infatti, "ipotizzare che il giudice possa sostituirsi al perito sembra espressione di una sostanziale negazione della modernità e sottrae al processo la funzione di vaglio critico degli elementi assumibili a base del giudizio. [...] Al contrario, le informazioni che attraverso l'indagine peritale, e non solo, penetrano nel processo devono essere valutate nella loro affidabilità ed imparzialità. A questo serve la dialettica processuale e il contraddittorio: a porre le basi di un giudizio critico che è compito precipuo del giudice".

---

<sup>24</sup>F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 784.

## 11. Il contraddittorio quale metodo scientifico del processo (in assenza di garanzie sulle qualità soggettive del perito).

Affermazioni del genere consentono pure di precisare che altro è il processo come modello epistemico al modo esemplarmente immaginato da Taruffo<sup>25</sup>, altro è il necessario consenso sociale di ogni decisione presa “in nome del popolo”; e poiché il ricorso alla consulenza è lo strumento attraverso il quale il giudice garantisce che la deferenza al sapere scientifico è, nella fattispecie, dovuta, allora si tratta poi di rinvenire un grado minimo ma sufficiente di consenso sopra la deferenza epistemica infine prestata, il che ha due modi di essere praticato.

Uno sta nel contraddittorio procedimentale, eventualmente rinnovato perché il solo metodo scientifico che il processo conosce è il contraddittorio, privo com'è di alternative nonostante le Sezioni unite della Corte suprema, in una delle pagine più buie della giurisprudenza recente, abbiano potuto affermare 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”<sup>26</sup>. Di contro, è la neutralità ambientale, che soltanto il procedimento *con* le parti – e non soltanto *tra* le parti – consente di raggiungere, ad assicurare una ragionevole purezza dell'orientamento funzionale della perizia ai *facta probanda*, orientamento immunizzato da *bias* cognitivi del singolo.

Un altro modo di aggregare consenso sociale al nucleo irriducibile di deferenza epistemica sta(rebbe) nella tecnica di selezione del perito, che, tuttavia, non essendo – *in iure quo utimur* – impegnativa dell'autorità né della responsabilità del singolo giudice (diversamente da quanto accade altrove, in Francia per esempio, dove l'art. 232 del codice processuale autorizza 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 qui requiert les lumières d'un technicien”), nemmeno può dirsi di norma operata su basi di garanzia effettiva dell'autorevolezza del designato<sup>27</sup>. Con la conse-

<sup>25</sup> Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 135.

<sup>26</sup> Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

<sup>27</sup> In altro contesto – *I conflitti economici e la giurisdizione*. Atti del XXXIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Milano, 17-18 giugno 2022), Bologna, 2023, 271 – ho, anche per questo motivo, dubitato della superiorità dell'accertamento tecnico condotto in sede giurisdizionale; infatti, “il sistema ordinamentale e processuale non garantisce in alcun modo la superiorità di un accertamento del genere: ciò anche in ragione di una considerazione ulteriore, quella in base alla quale il prodotto offerto dal consulente nelle materie che occupano si colloca normalmente all'interno di uno spettro più o meno ampio di alternative parimenti legittime, intendendo per legittime le posizioni (e i relativi scostamenti millesimali) selezionate col metodo scientifico proprio del processo: *i.e.* il contraddittorio, ma che presentano pur sempre – ciascuna – un margine di irriducibile opinabilità, rimanendo in ogni caso (tutte) contenute nell'intervallo che la comunità epistemica segna come confini per un giudizio di accettabilità della presunzione semplice di cui consiste il risultato logico dell'esperimento consultivo.

Se queste premesse sono vere, allora il problema ultimo sta nella scelta del consulente tecnico d'ufficio, un'opzione che il giudice fa in favore di un soggetto destinato a dividerne il ruolo di *factfinder*, e però senza alcuna seria garanzia concernente il procedimento di selezione né le capacità del singolo (cfr. artt. 13 ss. disp. att. c.p.c.), al di fuori di ogni vero controllo democratico, fosse pure minimo, come quello recato dalla traccia ombelicale del «popolo» (nel cui nome la giustizia è amministrata) in cui si sintetizzerebbe –

guenza estrema che il grado minimo di consenso sopra la deferenza epistemica dipende in sostanza dalla sola regolarità del procedimento seguito per infine estenderla nei confronti delle conclusioni del perito.

## 12. “Il paradosso della perizia” può sciogliersi soltanto nella garanzia del contraddittorio. In favore dell'estensione del contraddittorio alla designazione del consulente.

Ora, se è il contraddittorio il peculiare metodo scientifico di falsificazione delle affermazioni dei fatti che rende razionale e normalmente accettabile la decisione che si fonda sopra le prove che ne abbiano superato il vaglio, ciò determina che soltanto contraddittorio dietro contraddittorio può migliorare la ricerca dei *facta probanda*, e perciò le integrazioni esigibili in guisa di chiarimenti o la rinnovazione vera e propria dell'attività rendono il prodotto ulteriore per definizione più accettabile, quello sul quale si sarà infine esercitata la misura massima di contraddittorio compatibile con la ragionevole durata del processo, dato che il contraddittorio “is not an inherently hopeless way to determine the truth under the inevitable time-pressures”<sup>28</sup>.

È stato perciò osservato che, se la valutazione è “il tallone d’Achille della prova scientifica”, il rimedio “consiste nel valorizzare al massimo il contraddittorio con i consulenti tecnici” poiché “la ricostruzione scientifica più plausibile è quella che «resiste all’urto del contraddittorio tra gli esperti»”<sup>29</sup>. Un po’ come dire che il giudizio d’appello è migliore per definizione, anche quando il primo giudice sia andato esente da violazioni, almeno le volte che la decisione possa consistere di una pluralità di esiti diversi, e però tutti accettabili entro uno spettro di opinabilità ammesso dalla stessa comunità epistemica di riferimento.

“Nella prospettiva del giudice-custode, il citato «paradosso della perizia» si rivela soltanto apparente. Se il controllo giudiziale sul perito avviene nel contraddittorio coadiuvato dai consulenti di parte, che replica la dialettica tipica della stessa ricerca scien-

---

ove richiesto – il consenso delle parti avversarie sulla persona del perito. Ancor meno, poi, può aversi concretezza che il consulente sia espressione davvero autentica della comunità epistemica suppostamente in lui rappresentata, né di certo *peritus peritorum* può oggi voler dire che il magistrato è giudice (sopra le persone almeno) dei periti, essendo il magistrato nella sostanza esentato da ogni impegno fiduciario nella scelta, per lo più ridotta normativamente a deresponsabilizzante automatismo (si rammenti che ai sensi dell’art. 23 d.a. c.p.c., «Il presidente del tribunale vigila affinché, senza danno per l’amministrazione della giustizia, gli incarichi siano equamente distribuiti tra gli iscritti nell’albo in modo tale che a nessuno dei consulenti iscritti possano essere conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall’ufficio»).

Così stando le cose, nessuna limitazione a un accertamento diversamente condotto presso un’Autorità amministrativa indipendente mi sembrerebbe in via di principio da stimare con favore, anzi le qualità di quell’accertamento in senso istituzionale mi sembrano destinate a prevalere sopra l’accidentale qualità rinvenibile nella consulenza disposta nel giudizio civile, la pregiudiziale superiorità del cui accertamento deve a mio avviso escludersi”.

<sup>28</sup> S. HAACK, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice and the American Way*, *Am. J. Juris.*, 2004, p. 55, dove all’affermazione riportata nel testo è tuttavia aggiunta l’osservazione per cui “but there is good reason to fear that our present adversarial system is very far from optimal”.

<sup>29</sup> C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 30.

tifica; se esso si traduce nel riscontro, di ispirazione falsificazionista, di requisiti minimi e di condizioni basilari; ecco che il giudice, pur avendo bisogno del perito, perché non saprebbe da dove partire, è in condizione, almeno in linea di principio, di valutarne l'operato. Infatti, tale valutazione, da un lato, non si forma in maniera solitaria, bensì col contributo degli altri esperti in giudizio, i quali ben possono guidare il giudice con opportuni interventi (scritti e orali), segnalandogli o, meglio ancora, fornendogli i documenti specialistici (trattati, articoli, direttive ecc.) che materializzano il sapere in discussione e fanno luce sul suo tema. Dall'altro lato, la valutazione giudiziale non ha carattere specialistico, bensì propriamente epistemologico, in quanto il giudice non esprime – ad esempio – un giudizio chimico, ortopedico, grafologico, bensì valuta se il chimico, l'ortopedico, il grafologo in giudizio abbia basato la propria conclusione su un criterio affidabile, in quanto rispettoso di certi standard minimi di razionalità epistemica [...], e lo abbia applicato in maniera coerente e congruente alle risultanze processuali”<sup>30</sup>.

Di contro, nessun contraddittorio sembra dispiegabile sopra la scelta iniziale dell'esperto, e la dottrina tradizionale continua a ignorare alternative alla tecnica di “esperti imparziali scelti e nominati dallo stesso giudice”<sup>31</sup>.

### **13. *Regula generalis est quod partes peritos eligant, et eis discordantibus iudex. ZPO e LEC come modelli partecipativi.***

Sennonché, senza neppure voler tornare seccamente al principio di Mascardo – “*regula generalis est quod partes peritos eligant, et eis discordantibus, iudex, nisi sit materia quae dependeat mere a potestate iudicis, tunc enim consensus partium non attenditur*” –, basterebbe una più seria considerazione della storia degli ordinamenti per cogliere lo spirito di alcune previsioni e verificarne l'attualità, senza pre-giudizi.

Negli stati preunitari, il Regolamento toscano sanciva che le parti, ovvero l'una o l'altra di esse, s'intendeva – in mancanza di una designazione – che avessero deferito al tribunale la nomina dei rispettivi periti (art. 265); il Regolamento pontificio consentiva alle parti di far avverare, mediante nomina congiunta nei cinque giorni successivi, la condizione risolutiva della selezione del perito operata dal giudice (artt. 687, 690); il Codice parmense lasciava alle parti di poter convenire sulla persona del perito da designare in un breve termine, sotto pena di designazione *ope iudicis* (artt. 280 s.); analogamente provvedeva il Codice estense (artt. 636 s.). E intorno al nucleo di questi modelli si alimenterà l'esperienza dei codici sardi, e poi di quello nazionale. L'art. 253, comma 2°, c.p.c. del 1865 prescriveva: “se le parti non si siano precedentemente accordate nella nomina dei periti, questa si fa con l'ordinanza o con la sentenza che ammette la perizia”. Senza mezzi termini le disposizioni successive (artt. 254, comma 2°; 255, comma 2°) qualificavano la prima ipotesi come della “nomina fatta dalle parti”. Questa evenienza era, peraltro, accolta dalla giurisprudenza con particolare favore, tan-

<sup>30</sup> G. CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, p. 44.

<sup>31</sup> M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 216.

to da riconoscere alle parti un vero e proprio “diritto di modificare la nomina [anche se già] fatta dal giudice”, con l’unico limite di ordine temporale segnato dalla avvenuta prestazione del giuramento a cura della persona designata dall’ufficio.

L’intero microsistema si fondava nettamente sulla scissione tra l’atto dispositivo della perizia (mezzo di prova), vale a dire l’ordinanza o la sentenza, e l’atto di designazione dell’incaricato: quest’ultimo non rientrava tra gli *essentialia* del provvedimento ammissivo (cfr. art. 252 c.p.c.), e la contestualità documentale dei diversi atti rappresentava chiaramente un accidente.

Si trattava, a ben vedere, di uno schema intimamente procedimentale (e non *processuale* in senso stretto<sup>32</sup>) la cui migliore evidenza ritorna in contesti ancora attualmente regolati mediante avvicendamento dei poteri di designazione e di nomina in capo – rispettivamente – a soggetti diversi: penso all’ambiente normativo dell’arbitrato dei contratti pubblici dove la *Guida operativa* ai procedimenti amministrati dalla Camera arbitrale dell’Anac<sup>33</sup> sotto la vigenza del Codice dei contratti pubblici recita, all’art. 15: «1. Il collegio arbitrale può *nominare*, su istanza di parte o d’ufficio, un consulente tecnico, da individuare nell’elenco dei periti tenuto dalla Camera arbitrale. In tal caso richiede alla Camera arbitrale di provvedere alla relativa *designazione*, indicandone contestualmente le caratteristiche professionali ritenute necessarie. 2. La Camera arbitrale provvede in conformità alla richiesta curando che per il perito individuato nell’elenco non ricorrano le cause di inconfirmità o di incompatibilità dell’incarico».

Nella *ZPO* tedesca il § 404 rimette la nomina al giudice, tenuto però a designare le persone sulle quali sia caduto l’eventuale accordo delle parti<sup>34</sup>.

E la *LEC* spagnola stabilisce che “si las partes que solicitasen designación de un perito por el tribunal estuviesen además de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal. Si no hubiese acuerdo de las partes, el perito será designado por el procedimiento establecido” (art. 339, comma 4°).

Persino in Francia, dove il modello dell’inchiesta ufficiosa pare antitetico rispetto a quello della missione partecipativa all’accertamento della verità rilevante per il giudizio tra le parti, “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 pote-

---

<sup>32</sup> Per l’attualizzazione degli schemi si v. A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium (brevisime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*, in *Processo*, 2021, p. 217.

<sup>33</sup> <https://www.anticorruzione.it/normativa>.

<sup>34</sup> § 404. Selezione degli esperti

(1) La scelta dei periti da consultare e la determinazione del loro numero spetta al giudice del processo. Può limitarsi a nominare un solo esperto. Può nominare altri esperti in sostituzione di quelli nominati per primi.

(2) Prima della nomina, le parti possono essere sentite sulla persona del perito.

(3) [...].

(4) Il tribunale può invitare le parti a designare persone idonee a essere sentite come periti.

(5) Se le parti si accordano su determinate persone come periti, il tribunale si atterrà a tale accordo; tuttavia, il tribunale può limitare la scelta delle parti a un determinato numero.

ri 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)<sup>35</sup>.

Vien fatto di domandarsi perché la prospettiva del contraddittorio sulla selezione degli esperti e la ricerca di un procedimento partecipativo per la loro nomina è allora così negletta in Italia. Eppure, una diversa prospettiva è praticabile e, forse, ormai si fa esigibile.

#### **14. Praticabilità del modello partecipativo secondo gli schemi del diritto amministrativo (art. 11, legge n. 241 del 1990).**

Nell'indagine sulla peculiare natura del provvedimento di nomina avevo personalmente fatto ricorso agli schemi di classificazione del diritto amministrativo, assumendo le parti quali “soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti” (i “soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti” sono le parti del processo, non foss’altro che per l’effetto incisivo della rispettiva integrità patrimoniale); parti dunque titolate a “presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione [*tale è il magistrato nell’atto di nominare il consulente, non già il giudice nell’atto di disporre la consulenza*: n.d.r.] ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento”, e “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate [...] concludere [...] accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”.

Data la determinazione del magistrato di accedere all’accordo (essendo il “fine di favorire la conclusione degli accordi” cogente), sia il dovere di forma (scritta) che di motivazione, così pure le modalità applicabili del contraddittorio risultano perfettamente armonizzabili con le scansioni del processo. Infatti, in determinate funzioni non giurisdizionali, qual è quella di selezione del perito, anche un magistrato può risultare incapace di dichiarare la volontà ultima del potere al quale appartiene, ciò che è invece ineludibile quando agisce davvero *uti iudex*.

In altre parole, il potere di scelta della persona del consulente tecnico, in quanto sottratto alla riserva costituzionale di giurisdizione, è, certo in base alla legge (così facendo comunque salva la riserva in materia processuale), convenientemente tolto al monopolio del giudice e consegnato alla categoria del procedimento esso stesso, impedendo si risolveva *uno actu* nella nomina, così da aumentare attraverso il corso dialettico la qua-

---

<sup>35</sup> V. CAPASSO, *Tractent fabrilis fabri: dal giudice “esperto” al “giudizio” degli esperti?* [Tesi di dottorato, 2019], <http://www.fedoa.unina.it/12979>, p. 333 s. Sulla consulenza tecnica in mediazione, di cui all’art. 8, comma 7°, d.lgs. n. 28 del 2010, in punto di procedimento, v. D. D’ADAMO, *La giustizia integrata. La tutela dei diritti tra giurisdizione e metodi di risoluzione coesenziali delle controversie*, Torino, 2023, p. 65 ss., la quale tuttavia ignora il profilo del concorso delle parti alla selezione dell’esperto.

lità della selezione, che di sicuro migliora in efficienza a seguire il paradigma dell'amministrazione consensuale del corrispondente potere.

Pertanto, facendo applicazione immediata dei principi relativi alle fattispecie convenzionali del provvedimento amministrativo<sup>36</sup>, si può riportare la scelta del consulente tecnico a una disciplina assimilabile a quella dell'art. 253 c.p.c. del 1865, nonché vicina di quella dei vigenti codici tedesco e spagnolo.

Naturalmente, regna sovrano un principio di libertà delle forme concretamente idonee al raggiungimento dello scopo; del resto, il "giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento" (art. 175 c.p.c.). Nelle circostanze che occupano, ciò vuol dire astensione (almeno) da un esercizio immediatamente imperativo del potere di nomina del consulente pur dopo che egli o ella si sia positivamente determinato circa l'ammissione dell'esperienza istruttorio destinato a essere condotto dal nominando. Sicché, nelle ipotesi in cui le parti hanno il pieno dominio della materia (e non si tratti – cioè – di *status* o posizioni altrimenti indisponibili), vi è nel magistrato il dovere additivo di provocare, con azioni positive, le condizioni essenziali per raggiungere una nomina consensuale.

Soltanto così, col più ampio ricorso al procedimento e alle virtù del contraddittorio, a cominciare dalla selezione del perito, si garantisce il processo dagli effetti di quel multividuo fuori controllo che si è altrimenti venuto creando tra giudice e consulente tecnico d'ufficio, con la conseguenza ultima di una delega *in incertam personam* della funzione primariamente commissionata dal popolo – indeclinabilmente – al giudice; popolo cui, attraverso le parti che fungono da suoi rappresentanti qualificati, rimane modo di assicurarsi che la decisione rispetti lo *standard* di scientificità per la soluzione della controversia che la comunità sociale riconosce(rebbe) in quel momento accettabile.

---

<sup>36</sup> Art. 11 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento) legge n. 241 del 1990.

1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, 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.

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1°, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'art. 3.

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1°, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

### 15. La deferenza epistemica necessariamente *ad alterum*: critica alla tesi della dispensabilità del procedimento di c.t.u. in caso di giudice perito nell'arte o nella scienza applicabile; rinnovazione e sostituzione quali rimedi (o forme essenziali del contraddittorio) altrimenti impraticabili.

In fondo, la consulenza tecnica, e il suo portato di necessitata deferenza epistemica del giudice *ad alterum*, costituisce l'eccezione, essa stessa costituzionalmente insopprimibile, a un esercizio della funzione giurisdizionale che, in senso olistico (il *giudizio integrale*), dev'essere emanazione dei soli funzionari il cui statuto è tracciato dalla Costituzione col riferirsi ai "magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario".

Questa posizione, e le premesse che alla stessa danno stura, costituiscono pure il basamento dal quale respingere la tesi della pretesa dispensabilità della consulenza in presenza di giudice accidentalmente perito nell'arte o nella scienza di cui trattasi di fare applicazione.

Spesso, infatti, l'idea secondo la quale l'opzione *pro* consulenza sarebbe interamente affidata all'apprezzamento del giudice reca l'appendice di affermazioni del tipo per cui "le indagini che il consulente è incaricato di svolgere sono quelle stesse indagini che il giudice non avrebbe bisogno di compiere se disponesse delle particolari competenze tecniche richieste nel caso specifico". Lo aveva già creduto Francesco Carnelutti, e teorizzato (non senza epigoni<sup>37</sup>); sbagliando però nel ritenere che "in linea di regole di esperienza il giudice può giovarsi anche del suo sapere privato"<sup>38</sup>. Infatti, solo il procedimento istruttorio mediante consulente tecnico attua il contraddittorio sui fatti normativi non giuridici che, viceversa, in assenza di c.t.u., risulterebbero non ostensibili e sottratti al dibattito, stante l'incapacità del giudice di debitamente anteporli alle parti al modo in cui il regolato procedimento guidato dall'ausiliario riesce a fare; procedimento in quanto tale sempre ripetibile e con autore comunque surrogabile.

Sostiene Bove che "potrebbe essere difficile distinguere quelle rientranti comunque nel patrimonio di conoscenze dell'uomo medio da quelle che in esso non rientrano, per imporre al giudice la nomina di un consulente nel secondo caso e non anche nel primo. La verità è che il sapere non singolare, ma generale (degli *omnes* ovvero di determinate cerchie di persone), è sempre utilizzabile dal giudice d'ufficio, se lo ha, dovendo egli ricorrere ad un ausiliario solo se ha bisogno di integrare un suo sapere insufficiente". Ma questa singolare traiettoria argomentativa – parimenti intesa a ritenere che "il giudice non è obbligato a servirsi del consulente tecnico, perché ben egli potrebbe avere nel suo patrimonio di conoscenze le necessarie cognizioni" – non sembra tuttavia con-

---

<sup>37</sup> Cfr. M. FORNACIARI, *Consulenza tecnica, capacità/conoscenze dell'uomo medio e capacità/conoscenze del giudice*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 177, secondo cui il giudice in possesso delle necessarie cognizioni tecniche potrebbe astenersi dal disporre la c.t.u., risultando il contraddittorio comunque rispettato dalla possibilità per le parti di produrre c.d. perizie stragiudiziali e di nominare dei c.t.p. all'infuori dell'espletamento della consulenza d'ufficio. Analogamente in dottrina N. GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 533; M. VELLANI, *Consulenza tecnica nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 527.

<sup>38</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, in nota a Trib. Cremona, 20 marzo 1955, in *Riv. dir. proc.*, 1955, IV, p. 291.

siderare adeguatamente l'aspettativa delle parti che, anche quali esponenti della comunità di riferimento, misurano il bisogno dell'integrazione del sapere giudiziale dal bisogno proprio di siffatta integrazione, non potendosi accettare, per l'esigenza stessa del paritario trattamento di tutti davanti alla legge, che il processo subisca andamenti diversi (e imprevedibili, più o meno costosi) secondo la persona del magistrato che decide la causa, se perito o meno nell'arte di cui si debba fare applicazione<sup>39</sup>.

Opportunamente, a mio avviso, è stato rammentata anche di recente la necessità di parametrare la necessità della c.t.u. alla cultura media e non alle conoscenze personali del giudice, valorizzando appunto il principio del contraddittorio, in modo che la consulenza tecnica costituisca lo strumento di cui il giudice, in presenza del presupposto di cui all'art. 61 c.p.c. oggettivamente apprezzato, deve avvalersi "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"<sup>40</sup>.

In una recente sentenza penale della Cass., sez. III, 14 aprile 2020, n. 12026, dove si contesta al giudice di merito di aver reperito di propria iniziativa gli elementi di giudizio e di averli "valutati – pur trattandosi di elementi esulanti sia dalla scienza giuridica sia dall'immediato apprezzamento di un fatto naturale – sulla base di suoi personali criteri di giudizio", si afferma che è "dovere del giudice disporre una nuova perizia, nel caso in cui sia necessario svolgere una indagine che presupponga particolari cognizione scientifiche, [finanche] ove egli non condivida, intendendo discostarsene, le conclusioni cui sia pervenuto il precedente perito [...], essendo, in particolare, inibito al giudice di disattendere i risultati di una perizia sulla sola base della propria scienza personale"<sup>41</sup>,

---

<sup>39</sup> M. BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1431. Anche Cass., 26 giugno 2007, n. 14759 aveva detto che "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"; e così, similmente, Cass., 21 agosto 2003, n. 12304.

Si tratta di posizione avversata fondamentalmente per il dovuto rispetto del contraddittorio c.d. verticale, fra gli altri, da L. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1094; richiama, invece, l'argomento della parità di trattamento V. CAPASSO, *Tractent fabrilia fabri*, cit., 236, per la quale "se è vero che [...] 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 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 esterno". D'altro canto, il tema si ricollega alla distinzione tra deferenza epistemica e semantica (*retro*, § 7), che può spiegarsi anche alla luce della distanza che passa tra "*interactional expertise*" e "*contributory expertise*": perché "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*», 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 deducete che sia – rientra nel secondo tipo di attività" (*ibid.*, p. 238 s.), laddove il giudice può – al più – aspirare a conseguire la prima.

<sup>40</sup> Cfr. L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 35.

<sup>41</sup> Dovere predicabile anche in capo al giudice civile, e la cui inosservanza appare censurabile ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., risolvendosi la pretermissione senz'altro delle risultanze della c.t.u. nell'esercizio di un potere esorbitante quello al giudice attribuito dalla legge: in sostanza, l'ipotesi considerata dalla Cas-